

AINDA DIZEM QUE AS LEIS NÃ O ANDAM: REFLEXÕ ES SOBRE O CRIME DE IMPORTUNAÇ Ã O SEXUAL EM PORTUGAL E EM MACAU

PEDRO CAEIRO*

JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO**

I. Introdução

O artigo 170.º do Código Penal Português (CP) prevê e pune o crime de *Importunação sexual*. O termo “importunação” sugere um transtorno ou perturbação causados a terceiro, que, no caso, se produzem na relação da pessoa com a sua própria sexualidade. Com este sentido, a expressão admite várias formas de execução, onde se incluem o contacto físico, gestos, ameaças, simples palavras ou imagens, desde que assumam uma conotação sexual e sejam indesejados pelo destinatário.

Não obstante, o sentido corrente de uma expressão nem sempre corresponde ao seu sentido jurídico. Este desfasamento é particularmente frequente no direito penal, pois o princípio da necessidade da lei penal obriga a que o tipo recorte, de entre as múltiplas realidades possivelmente convocadas pela expressão literal da norma, apenas as condutas que ofendam bens jurídico-penais e que sejam dignas e carecidas de pena¹. Daqui decorre que a conduta *importunação sexual* jurídico-penalmente relevante não coincide necessariamente com o significado que essa expressão possa deter em outro contexto comunicacional, nem sequer com o significado do “texto-norma”².

* Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; investigador do Instituto Jurídico.

** Chefe da Divisão de Estudo do Sistema Jurídico, substituto, da Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça do Governo da RAEM. As opiniões e posições veiculadas no presente texto são da exclusiva responsabilidade pessoal do autor, não vinculando qualquer entidade.

¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 127 e s.; vd. também *infra*, notas 62 e 87 e texto correspondente.

² Sobre a diferença entre o “texto-norma”, como “substrato da interpretação”, e a já jurídico-penalmente interessada “norma-texto”, resultante da respectiva interpretação, vd. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2015, p. 136 e ss.

Assim, este estudo procura levar a cabo uma *densificação jurídico-penal* da importunação sexual, interessada, em primeiro lugar, pela análise do ordenamento jurídico português. Começaremos por examinar a evolução da norma contida no artigo 170.º do CP até à configuração que lhe foi dada em Agosto de 2015, privilegiando os tópicos do bem jurídico e da conduta típica (em particular no que diz respeito ao segmento que passou a incriminar a “formulação de propostas de teor sexual”) no confronto com os princípios constitucionais da legalidade e da necessidade e proporcionalidade da lei penal. Depois, procederemos à análise do ordenamento jurídico de Macau, perscrutando aí lugares próximos ou distantes do ordenamento português no que a este crime diz respeito, levando em conta o processo de revisão do Código Penal de Macau (CPM), em matéria de crimes sexuais, actualmente em curso. Por fim, enunciaremos as conclusões que o estudo tenha permitido firmar.

II. O crime de *Importunação sexual* previsto no artigo 170.º do Código Penal Português

1. Evolução da norma incriminadora

1.1. Ao longo das últimas décadas, os diversos códigos portugueses têm sofrido um número impressionante de alterações, por vezes mais frequentes do que as da legislação extravagante, com prejuízo significativo para uma das funções tradicionais das codificações: oferecer um repositório de regras consolidadas e estáveis. Este fenómeno provoca uma constante *desinstitucionalização* do direito, agravada pela circunstância de as sucessivas intervenções legislativas muitas vezes ignorarem ou não deixarem amadurecer as construções do sistema jurídico levadas a cabo pela jurisprudência e pela doutrina, que têm por finalidade, precisamente, estabilizá-lo, para que se garanta a segurança dos cidadãos e a certeza na aplicação do direito.

Naturalmente que o direito se deve adaptar à mudança e às novas necessidades segregadas pela interacção social, mas isso não significa que, para tanto, se requeira sempre uma intervenção do legislador e, em particular, do *legislador penal*. Na realidade, uma boa parte das iniciativas legislativas recentes tem sido comandada mais por um discurso de ordem simbólica (resvalando até, por vezes, para o populismo demagógico) do que por necessidades político-criminais

racionalmente fundadas e devidamente filtradas pelos princípios da necessidade e subsidiariedade da lei penal³.

É com este horizonte epocal – e as preocupações que suscita – em mente que examinaremos a incriminação da *Importunação sexual* e, em especial, a recente criminalização da “formulação de propostas de teor sexual” como modalidade da acção típica.

1.2. O actual CP foi aprovado em 1982, com o Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. A partir daí, entre rectificações e modificações, o Código haveria de vir a ser alterado por cinco vezes até que, em 1995, foi profundamente revisto e novamente publicado, pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

Se a toada geral da revisão de 1995 consistiu no aperfeiçoamento e desenvolvimento de muitas soluções que já se continham no CP de 1982⁴, o mesmo não pode dizer-se no que especificamente tange à matéria dos crimes sexuais, onde as alterações foram profundas: como se assinala no preâmbulo do DL 48/95, “a deslocação dos crimes sexuais do capítulo relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade para o título dos crimes contra as pessoas, onde constituem um capítulo autónomo, sob a epígrafe «Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual»” significou “abandonar-se a concepção moralista («sentimentos gerais de moralidade»), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais”⁵. Esta verdadeira mutação do bem jurídico protegido no campo dos crimes sexuais, no

³ Vejam-se, a título de exemplo, a – por duas vezes fracassada – tentativa de criminalização do enriquecimento ilícito (e, sobre ela, PEDRO CAEIRO, *Quem Cabritos Vende e Cabras Não Tem...*, Instituto Jurídico, 2015, com indicação de outra bibliografia), bem como o recente Projecto de Lei n.º 62/XIII (*Diário da Assembleia da República*, II série A, n.º 15/XIII/1, de 4-12-2015, p. 21 e ss.), onde se propõe a introdução no Código Penal de um artigo 201.º-A que, sob a epígrafe “Idosos” (!), incrimina condutas como “coagir uma pessoa idosa que se encontre, à data, notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais, em termos que impossibilitem a tomada de decisões de forma autónoma ou esclarecida, a outorgar procuração para fins de administração ou disposição dos seus bens”, e “negar o acolhimento ou a permanência de pessoa idosa em instituição pública ou privada destinada ao internamento de pessoas idosas, por recusa desta em outorgar procuração para fins de administração ou disposição dos seus bens ou em efetuar disposição patrimonial a favor da instituição em causa”. Ignora-se assim que tais condutas já são subsumíveis nos crimes de *Coacção agravada* e de *Extorsão* previstos e punidos (numa moldura de 1 a 5 anos de prisão, muito superior à do Projecto) pelos artigos 154.º, 155.º e 223.º do Código Penal.

⁴ Neste sentido se pronunciou o próprio Presidente da Comissão Revisora: vd. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O Código Penal Português de 1982 e a sua reforma”, *RPCC* 3 (1993), p. 179 e s.

⁵ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95.

sentido da sua *personalização*⁶, abriu o caminho para que o legislador “descobrisse”, daí em diante, outras vertentes da liberdade sexual carecidas de tutela – nomeadamente, contra a importunação sexual⁷.

Assim, a referência da nossa análise será a versão do CP de 1995, pois aí radicam os antecedentes mais imediatos daquilo que é hoje o crime de *Importunação sexual*. Vejamos, então, quais as normas que o CP foi consagrando nesta matéria nos últimos vinte anos:

(a) Em 1995, incriminaram-se os *Actos exhibicionistas* (artigo 171.º, incluído na Secção I – “Crimes contra a liberdade sexual”). A norma dispunha: “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela actos de carácter exhibicionista, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”. Embora o tipo legal se centrasse já na importunação⁸, a epígrafe acabou por se moldar ao modo de execução, que verdadeiramente imprimia carácter ao crime.

(b) Em 2007, por obra da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que efectuou a vigésima terceira alteração ao Código Penal, desapareceu o crime de *Actos exhibicionistas*, passando a prever-se na mesma secção o crime de *Importunação sexual*, definido e punido pelo artigo 170.º nos seguintes termos: “Quem importunar outra pessoa praticando perante ela actos de carácter exhibicionista ou constringendo-a a contacto de natureza sexual é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

⁶ Cf. logo, antes da revisão de 1995, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Crimes contra os costumes”, in *Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 1ª ed., Verbo, 1983, p. 1372 e ss.; KARL NATSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Almedina, 1985; e, após a revisão, JOSÉ MOURAZ LOPES, *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal após a Revisão de 1995*, 1ª ed., Coimbra Editora, 1995, p. 7 e ss.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, in *Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 2ª ed. revista e actualizada, Verbo, 1997, p. 1394; TERESA PIZARRO BELEZA, “A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização «individualismo»”, in MARIA FERNANDA PALMA / TERESA PIZARRO BELEZA (orgs.), *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, AAFDL, 1998, p. 110 e ss.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Nótula antes do artigo 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dir. J. Figueiredo Dias), vol. I, 1ª ed., Coimbra Editora, 1999, p. 441 e ss.; e VERA LÚCIA RAPOSO, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 931 e ss.

⁷ As incriminações mais próximas da *Importunação sexual* constantes do CP de 1982 eram o *Atentado ao pudor*, nas suas diferentes modalidades (artigos 205.º, 206.º e 209.º), o *Exibicionismo e ultraje público ao pudor* (artigo 212.º) e o *Ultraje ao pudor de outrem* (artigo 213.º).

⁸ Tratando-se de vítimas adultas; sobre o regime dos actos exhibicionistas perante menores e a sua evolução, cf. *infra* 3.1.2.

A modificação mais relevante foi o alargamento da área de tutela típica da norma, que passou a abranger, como modalidade típica da importunação sexual, os contactos de natureza sexual, conduzindo por isso a uma redenominação da respectiva epígrafe. Além disso, o legislador apôs à incriminação uma cláusula de subsidiariedade expressa (“se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”)⁹.

(c) Em 2015, a incriminação constante do artigo 170.º foi reformulada pela Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, que promoveu a trigésima oitava alteração ao Código Penal, passando a norma a dispor o seguinte: “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constringendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. Trata-se, portanto, de uma nova ampliação da área de tutela, que se estende agora à importunação por meio da “formulação de propostas de teor sexual” e cuja apreciação constitui o cerne do presente estudo.

i) O procedimento legislativo que culminou com a aprovação desta lei foi muito participado, tendo sido apresentados vários projectos pelos diferentes grupos parlamentares¹⁰. Incidindo embora sobre matérias diversas, todos eles pretendiam dar cumprimento às obrigações internacionais que, na opinião dos proponentes, resultam da *Convenção do Conselho da Europa*

⁹ Sobre o sentido destas cláusulas, vd. LUÍS DUARTE D’ALMEIDA, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2004, p. 115 e ss.; JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da Unidade à Pluralidade dos Crimes no Direito Penal Português*, Ed. Univ. Católica, 2005, p. 856 e ss.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (como na nota 1), p. 997 e ss.; PEDRO CAEIRO, “A consunção do branqueamento pelo facto precedente”, in Manuel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, vol. III, 2010, p. 204, nota 49; e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Do Concurso de Crimes ao “Concurso de Ilícitos” em Direito Penal*, Almedina, 2015, p. 314 e ss.

¹⁰ A prevalência de mulheres em muitas das intervenções mais significativas ao longo do procedimento legislativo (bem como a participação de várias entidades da chamada “sociedade civil”) parece ter esconjurado, ou pelo menos mitigado, os desequilíbrios de poder na feitura das leis penais de que dava conta TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, AAFDL, 1993, p. 379, acompanhando, aliás, a evolução da presença das mulheres na magistratura judicial: de menos de 5% do total de magistrados judiciais em 1983 (*ibidem*, AP-67), a percentagem de mulheres atingiu a paridade com a dos homens em 2006/2007 e é hoje de quase 60% (fonte: Pordata; valores provisórios: última actualização em 3-05-2016).

para a *Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica*, vulgarmente designada por “Convenção de Istambul”¹¹.

A multiplicidade de projectos de lei levou à respectiva fusão e apreciação conjunta, a 5 de Junho de 2015: o Grupo de Trabalho responsável por promover o debate sobre a Convenção de Istambul e as implicações e alterações legislativas dela decorrentes apresentou um texto de substituição, onde sintetizou o essencial dos projectos anteriores¹², para que se procedesse a uma única alteração do CP¹³, texto que foi aprovado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, no dia 16 de Junho de 2015.

Nesse texto de substituição, foi introduzida uma proposta de alteração ao crime de *Importunação sexual*, onde se propunha para o artigo 170.º a redacção que viria a ser aprovada e que está actualmente em vigor.

¹¹ Convenção assinada por Portugal a 11 de Maio de 2011, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de Janeiro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de Janeiro; entrada em vigor a 1 de Agosto de 2014.

Os projectos de lei eram os seguintes:

- Os *Projectos de Lei* n.º 504/XII/3.ª (BE), n.º 515/XII/3.ª (CDS-PP) e n.º 517/XII/3.ª (PSD) visavam criar o crime de mutilação genital feminina, como decorrência da obrigação internacional resultante, nomeadamente, do artigo 38.º da Convenção.

- Os *Projectos de Lei* n.º 663/XII/4.ª (BE), n.º 647/XII/3.ª (PSD / CDS-PP) e n.º 659/XII/4.ª (PS) visavam incriminar a perseguição (a que os dois últimos acrescentavam o casamento forçado), como decorrência das obrigações internacionais resultantes dos artigos 34.º (e 37.º) da Convenção.

- O *Projeto de Lei* n.º 661/XII/4.ª (BE) visava criminalizar o assédio sexual, como concretização das obrigações resultantes do artigo 40.º da Convenção.

- O *Projeto de Lei* n.º 664/XII/4.ª (BE) visava alterar o tipo dos crimes de violação e de coacção sexual, essencialmente no sentido de a tipicidade se bastar com a falta de consentimento da vítima, consagrando a violência e a ameaça grave, não como elementos da factualidade típica, mas sim como circunstâncias agravantes; também neste projecto se invocavam as obrigações internacionais decorrentes do artigo 36.º da Convenção.

- O *Projeto de Lei* n.º 665/XII/4.ª (BE) visava atribuir natureza pública ao crime de violação, regime que seria imposto, também ele, pelo artigo 36.º da Convenção.

¹² Apenas não foi considerado o *Projeto de Lei* 504/XII/3.ª (BE), onde se propunha a criação do crime de mutilação genital feminina, por ter sido rejeitado a 19-07-2014, em votação da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias; o projecto foi “abandonado”, tendo vindo a caducar em 22-10-2015.

¹³ “Na reunião de 5 de junho de 2015, na qual se encontravam representados todos os Grupos Parlamentares, o Grupo de Trabalho procedeu à apreciação de todas as iniciativas legislativas e das propostas de alteração apresentadas, tendo realizado a discussão e votação na especialidade indiciárias das propostas de alteração apresentadas e dos projetos de lei que já haviam sido aprovados na generalidade, bem como daqueles que haviam baixado à Comissão sem votação, para nova apreciação na generalidade. Do debate resultou um texto de substituição conjunto, constituindo uma providência legislativa única de alteração do Código Penal, congregando preceitos das várias iniciativas legislativas em discussão” (*Diário da Assembleia da República*, II Série-A, N.º 150, XII Legislatura, 4.ª Sessão Legislativa, de 17-06-2015, p. 5, disponível em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/12/04/150/2015-06-17/1?pgs=3-21&org=PLC&plcdf=true>).

A análise do procedimento legislativo que preparou esta alteração sugere, portanto, que ela ficou a dever-se, concretamente, à necessidade de dar cumprimento ao artigo 40.º da Convenção de Istambul, o qual, sob a epígrafe *Assédio Sexual*, dispõe assim: “*As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que qualquer tipo de comportamento indesejado de natureza sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o intuito ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo, seja passível de sanções penais ou outras sanções legais*”.

ii) Sobre esta norma, e as suas consequências para o ordenamento jurídico interno, perfilaram-se essencialmente três posições:

- De acordo com um primeiro entendimento, não seria necessário efectuar qualquer alteração legislativa no ordenamento jurídico interno, uma vez que as várias condutas que o artigo 40.º da Convenção de Istambul contempla se encontrariam cobertas, em traços gerais, pelo direito nacional. Neste sentido se pronunciaram, por exemplo, em sede de audição parlamentar, o Presidente do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público¹⁴ e o Vice-Presidente do Conselho Geral da Ordem dos Advogados¹⁵.

¹⁴ Nos seguintes termos: “Quanto ao artigo 40.º, do assédio sexual, obriga a convenção a que as partes adoptem as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que qualquer tipo de comportamento indesejado de natureza sexual [...] seja passível de sanções penais ou de outra natureza. Há algumas dificuldades em determinar o que seja um comportamento indesejado de natureza sexual. Nós hoje já temos punição do assédio, quer quanto à coacção sexual, quer mesmo quanto à violação, ou seja, com e sem penetração, nos artigos 163.º, n.º 2 e 164.º, n.º 2. Temos também já a punição dos actos de carácter exibicionista ou da coacção ao contacto de natureza sexual, no crime de importunação sexual. Não sei se há necessidade, efectivamente, de alargar o âmbito de punibilidade de qualquer um destes artigos para o assédio sexual. Parece-me que não” (intervenção do Presidente do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Dr. Rui Miguel Pereira Cardoso, durante a audição realizada no âmbito do *Grupo de Trabalho – Implicações Legislativas da Convenção de Istambul*, Audição n.º 5-GT-ILCI-XII, que teve lugar no dia 9 de Julho de 2014. Transcrição do seguinte trecho temporal: 00.33.50-00.35.03, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=98123>).

¹⁵ Nos seguintes termos: “Em relação ao assédio sexual, a Ordem dos Advogados entende que se trata de práticas que, ao fim e ao cabo, hoje em dia já estão previstas no Código Penal: a coacção sexual, a ameaça, a autodeterminação sexual, a injúria, por palavras e gestos. E, portanto, o assédio sexual, na perspectiva da Ordem, não deveria ser autonomizado, o bem jurídico já se encontra devidamente protegido” (intervenção do Vice-Presidente do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, Dr. Rui Silva Leal, durante a audição realizada no âmbito da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Audição n.º 133-CACDLG-XII, que teve lugar no dia 10 de Setembro de 2014. Transcrição do seguinte trecho temporal: 0:28:57-00:29:31, disponível em

A Associação Sindical de Juizes Portugueses, não tendo sido tão explícita quanto as corporações precedentes, não deixou de questionar se a lei nacional então em vigor não daria já resposta ao artigo 40.º da Convenção de Istambul¹⁶.

- Para uma outra visão das coisas, o artigo 40.º da Convenção de Istambul imporia alterações legislativas no ordenamento jurídico interno e, mais concretamente, a específica tipificação do assédio sexual em norma autónoma. Esta foi a perspectiva adoptada pelos deputados do Bloco de Esquerda, ao apresentarem o já mencionado *Projeto de Lei* n.º 661/XII/4.ª (BE), em 19 de Setembro de 2014, que constituiu na realidade a primeira materialização da intenção legislativa de dar cumprimento ao artigo 40.º da Convenção de Istambul. Tal perspectiva mereceu o apoio de algumas das pessoas e entidades ouvidas¹⁷ e a crítica de outras¹⁸.

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=98353>.

¹⁶ Nos seguintes termos: “Neste domínio [do artigo 40.º], o ordenamento jurídico português, disponibiliza um conjunto de reações criminais, laborais e civilísticas. [...] Assim, para além de estes comportamentos serem geradores de responsabilidade civil e consistirem em infracções laborais da entidade patronal (quando o assédio ocorre no local de trabalho), o Código Penal prevê um conjunto de crimes consoante a gravidade do assédio: coacção sexual (artigo 163.º, n.º 2 do Código Penal), ameaça à autodeterminação sexual (artigo 153.º do Código Penal, por exemplo no envio de mensagens de cariz sexual), importunação sexual (artigo 170.º do Código Penal), injúrias, por palavras, gestos, imagens, ou qualquer meio de expressão, que atenta contra a honra e consideração da vítima (artigos 181.º e 182.º do Código Penal), etc. [...] A discussão sobre a autonomização de um crime de assédio sexual deverá, pois, partir da análise dos tipos de crimes existentes, sendo certo que tal autonomização só se justifica se estes crimes não tutelarem já os comportamentos sexuais indesejados que atentam contra a dignidade da vítima e não protegem os bens jurídicos dignos de reacção penal” (*Parecer* da Associação Sindical de Juizes Portugueses (ASJP), GEOT, Junho de 2014, junto ao processo legislativo no âmbito do *Grupo de Trabalho – Implicações Legislativas da Convenção de Istambul*, p. 18, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=98124>).

¹⁷ Assim, por exemplo, a Juíza Conselheira Doutora Maria Clara Sottomayor interveio nos seguintes termos: “Por outro lado, o assédio moral surge num contexto laboral, é contra-ordenação mas não é crime. Seria também de repensar a possibilidade, porque isto causa um sofrimento brutal às pessoas, o assédio moral no trabalho, por exemplo. Porque é que é crime uma injúria, não é, um insulto que as pessoas dão a outra numa relação de igualdade, que às vezes também o sofrimento, as consequências desse insulto, não são graves, e porque é que não é crime o assédio moral no local de trabalho, porque é que não é crime o assédio sexual nas ruas, por exemplo? Quando até a intencionalidade, o objectivo, o sentido com que estes actos são praticados são completamente diferentes de uma injúria ou de uma ameaça. Até porque no caso do assédio sexual nas ruas dirige-se a mulheres, predominantemente, também predominantemente mulheres jovens ou adolescentes, mais ainda a adolescentes, porque estes indivíduos que assediam na rua dá-lhes particular prazer intimidar e meter medo e as adolescentes são mais frágeis, têm mais medo, não é? Uma mulher adulta é capaz de dar uma resposta e de não se importar, mas uma adolescente de 14, 15, 16 ou 17, e também podemos dizer uma mulher jovem de 20, 21 ou 22, incomoda-se muito mais. E além de, e não é só o incomodo, são os danos também psicológicos e mentais que pode trazer quanto à liberdade e quanto ao desenvolvimento, quanto ao sucesso na educação, nas profissões, porque o facto de a mulher se sentir, ou a adolescente, limitada a circular no espaço público, dizem também os estudos, que depois se sente limitada a falar em público, na participação cívica, na participação política, a falar numa sala de aula, a defender as suas ideias, a correr riscos intelectuais, portanto, na escola, na educação, a ser mais ousada, a ter liberdade sexual positiva, não é? Porque

- De acordo com um terceiro entendimento, o artigo 40.º da Convenção de Istambul imporia alterações legislativas no ordenamento jurídico interno, sem que todavia a solução devesse passar pela tipificação autónoma do assédio sexual. A solução estaria, antes, na introdução do crime de perseguição e na eventual modificação de outras normas do Código Penal¹⁹.

se a negativa lhe é negada, o seu corpo é visto como propriedade pública, também depois não vai ter liberdade sexual positiva, não tem condições para a exercer, portanto, há toda uma série de direitos fundamentais. Por isso é que eu não compreendo quando se diz que o direito penal é a *ultima ratio* e não se aplica nesta matéria, porque isto é muito mais grave do que um sem número de comportamentos que é consensual punir e que estão efectivamente punidos no Código Penal. E depois são comportamentos que se dirigem contra um grupo, não é, que têm uma lógica de prática discriminatória e de violação do princípio da igualdade e que contende também com os princípios fundamentais do Estado de Direito de uma forma muito clara e muito agressiva, embora isto não seja dito. As mulheres também não se queixam disto, provavelmente, até para serem socialmente conformes, até podem dizer que acham piada ou nunca reflectiram sobre isso” (audição realizada no âmbito do *Grupo de Trabalho – Implicações Legislativas da Convenção de Istambul*, Audição n.º 3-GT-ILCI-XII, que teve lugar no dia 3 de Junho de 2014. Transcrição do seguinte trecho temporal: 1:06:42 a 1:09:31, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=97863>).

¹⁸ Veja-se, por exemplo, o *Parecer* do Conselho Superior do Ministério Público: “Esta autonomização, compreensível ao nível do bem jurídico tutelado (a autodeterminação sexual e não a liberdade pessoal) arrasta todavia alguns problemas de delimitação da área de tutela típica (porventura, por isso mesmo, os restantes projetos preferiram não o autonomizar), como revelam até os exemplos retirados do direito comparado. [...] Por outro lado, o confronto deste crime com outros crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual (v.g. coacção sexual previsto no artigo 163.º do CP ou importunação sexual, previsto no artigo 170.º do mesmo diploma legal) poderá criar, apesar do seu carácter subsidiário, a ideia de que a reiteração das condutas compensa, uma vez que se persistir no assédio sexual, será punido com uma pena menor” (*Parecer* apresentado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, de 31 de Outubro de 2014, p. 14, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=38689>).

¹⁹ Neste sentido se pronunciou a Deputada Teresa Anjinho (CDS/PP): “Há que procurar encontrar agora uma redacção que seja uma redacção o mais precisa possível e o mais coerente possível no quadro do nosso Código Penal. E quando eu entro aqui imediatamente me afasto da tipificação do assédio sexual. Porquê? Porque não consigo, vou reconhecer isto, encontrar uma redacção de norma que justifique esta autonomização. Tendo em conta a importância que reconheço à tipificação do *stalking* e tendo em conta a existência dos outros tipos que aqui já se encontram no Código Penal, nomeadamente, do próprio assédio, da coacção ou da dita importunação sexual. E aqui entramos numa outra questão. É porque se nós vamos, efectivamente, até mesmo relacionado com a coacção e com a coacção sexual, entrar por aqui também devemos rever desde logo o tipo da importunação sexual” (intervenção durante as audições realizadas no âmbito do *Grupo de Trabalho – Implicações Legislativas da Convenção de Istambul*, Audição n.º 6-GT-ILCI-XII, que teve lugar no dia 9 de Julho de 2014. Transcrição do seguinte trecho temporal: 0:39:54-0:40:55, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=98124>).

Em sentido próximo se havia já inclinado INÊS FERREIRA LEITE (in *Parecer* apresentado pelo Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais ao *Grupo de Trabalho – Implicações Legislativas da Convenção de Istambul*, no âmbito do procedimento legislativo que viria a culminar na Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=38241>): “Penso que o melhor é manter o assédio sexual como uma forma de constrangimento que decorre do abuso de posição de domínio, apesar de não haver um dissentimento expresso da vítima. É também mais adequado fazer uma ligeira alteração ao crime de importunação sexual, deixando claro que não é preciso um contacto

Neste último entendimento radicam, na verdade, os primórdios daquilo que viria a ser a actual redacção da norma que pune a *Importunação sexual*. Nesta visão das coisas, o cumprimento das obrigações resultantes do artigo 40.º da Convenção de Istambul passaria pela criminalização do assédio persistente juntamente com a mobilização dos crimes de *Coacção*, *Coacção sexual* e *Importunação sexual*, ainda que a tipificação do último carecesse de algumas modificações. Neste contexto, foi rejeitada a autonomização do crime de assédio sexual proposta pelo Bloco de Esquerda, pelos motivos constantes do relatório da nova apreciação e da discussão e votação na especialidade dos vários projectos de lei²⁰.

Em suma, e na parte que importa para a presente reflexão, cumpre salientar que a última alteração ao crime de importunação sexual foi um fruto directo da interpretação das obrigações decorrentes do artigo 40.º da Convenção de Istambul e visou, de certo modo, cobrir formas larvares de assédio sexual não contempladas em outras disposições.

2. O bem jurídico protegido

físico. Assim, passaríamos a ter duas formas de assédio sexual: com maior gravidade, porque consumado de alguma forma (163.º), com menor gravidade, porque se ficou no plano da proposta ou da intimidação sexual (170.º)”.

²⁰ Nos seguintes termos: “Em relação ao proposto artigo 163.º-A (Assédio sexual), a Sr.ª Deputada Cecília Honório (BE) insistiu na importância da sua proposta, pelo menos na procura de uma solução mínima no contexto das relações laborais e lamentou que a maioria não propusesse solução alguma para o problema, recordando que a opinião pública que fora sendo criada em torno da questão exigiria ponderação, sem a qual se perderia uma oportunidade. [...] A Sr.ª Deputada Isabel Alves Moreira (PS) lembrou que o debate público sobre o assunto fora sério, mau grado algumas más campanhas que haviam confundido o assédio com o piropo. Recordou também que os contributos escritos de penalistas haviam sugerido que o tipo penal, tal como construído, poderia não passar numa fiscalização de constitucionalidade e manifestou-se a favor da criminalização do assédio no local de trabalho, mas considerou não haver tempo para a apresentação de uma iniciativa, pelo que optara por uma criminalização mais robusta do crime de perseguição. [...] A Sr.ª Deputada Teresa Anjinho (CDS-PP) considerou que o trabalho do BE merecia uma palavra, mas que só se deveria fazer intervir o Direito Penal por razões muito ponderadas e avaliando a sua adequação sistemática. Considerou que os estudos da CIG e da UMAR sobre o tema eram sérios, merecendo reflexão e um olhar atento, muito embora permanecessem dúvidas sobre a criminalização e sobre o seu âmbito, sendo certo que estava em causa um problema gravíssimo com consequências para a saúde, o bem-estar e a produtividade. [...] A Sr.ª Deputada Carla Rodrigues (PSD) assinalou que o mérito da proposta do BE fora o de esclarecer a opinião pública, sendo já muito importante o que fora aprovado com a criminalização da perseguição e a alteração do tipo da importunação sexual, que abrangeria já muitas situações e criaria maior protecção jurídica. [...] A Sr.ª Deputada Rita Rato (PCP) considerou meritória a proposta por permitir um aprofundamento da questão, mas lembrou um importante princípio de prudência quanto à tipificação penal. Disse que importaria evoluir da contraordenação muito grave do assédio moral no Código de Trabalho” (*Diário da Assembleia da República*, II Série-A, N.º 150, XII Legislatura, 4.ª Sessão Legislativa, de 17-06-2015, p. 9).

2.1. Feito o enquadramento histórico da criminalização da importunação sexual no ordenamento jurídico português e das sucessivas ampliações da respectiva área de tutela típica, importa empreender agora uma análise do bem jurídico protegido e do tipo de ilícito.

O bem jurídico protegido com a importunação sexual é a *liberdade e a autodeterminação sexual* das pessoas, expressão que tem por conteúdo a faculdade de escolher praticar ou não praticar, de forma livre, determinado acto sexual e de escolher o/a parceiro/a para tal fim, bem como, de forma mais geral, o direito de ordenar com autonomia e sem ilegítima intervenção de terceiros a própria vida sexual.

Esta segunda dimensão do bem jurídico é importante para os efeitos da presente incriminação, porquanto algumas modalidades da importunação sexual, diferentemente de outros crimes sexuais, não exigem o envolvimento da vítima na execução corporal de um acto sexual, bastando-se com a recepção, por parte dela, de actos comunicativos de teor sexual, sejam eles gestuais (actos exibicionistas) ou verbais (formulação de propostas de teor sexual).

2.2. Como se verá mais adiante, a lei vigente não estabelece expressamente um regime de *Importunação sexual* específico para a protecção do “livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual”²¹ que ilumina as normas incluídas na secção dos “crimes contra a autodeterminação sexual”²². Todavia, a protecção desse “outro” bem jurídico, ou dessa

²¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Nótula antes do artigo 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dir. J. de Figueiredo Dias), vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 711, § 6 (sem o realce do autor). Em face de algumas recentes alterações legislativas, pode-se mesmo questionar se o bem jurídico especificamente protegido nos crimes sexuais contra menores ainda é um bem individual. Efectivamente, perante normas como a do artigo 174.º, que prevê o crime de *Recurso à prostituição de menores*, e nos termos da qual se punem (apenas) os agentes maiores de idade que pratiquem acto sexual de relevo com menor entre 14 e 18 anos mediante pagamento ou outra contrapartida, suscitam-se fundadas dúvidas de que se pretenda assim obviar ao presuntivo perigo de tais condutas para o livre desenvolvimento da personalidade dos menores na esfera sexual quando se trate de pessoas com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos. Não só porque tais pessoas têm capacidade de exercício da liberdade sexual positiva, como também, e sobretudo, porque não se vê de que forma a idade do *agente* pode relevar para o perigo presumido no acto de prostituição. Raciocínio que se aplica, por maioria de razão, à *Pornografia de menores* (artigo 176.º) envolvendo pessoas que se encontrem na referida faixa etária – mas já não, dados os contornos específicos desses crimes do ponto de vista do efectivo condicionamento da *liberdade* das vítimas, ao *Abuso sexual de menores dependentes* (artigo 172.º) e ao *Lenocínio de menores* (artigo 175.º).

²² Não obstante as epígrafes das secções em que se dividem os crimes sexuais, a verdade é que não se pode dizer que, na primeira secção, *apenas* se tutela a liberdade sexual e que, na segunda secção, *apenas* se tutela a autodeterminação sexual: “seria todavia apressado – e em definitivo equívoco – que se pensasse, seguindo literalmente as expressões utilizadas pela lei, que na primeira secção o bem jurídico é a *liberdade* sexual, no segundo a *autodeterminação* sexual, e se procurasse, muito provavelmente sem êxito, traçar a linha de fronteira por sobre a via que hipoteticamente separaria a liberdade da autodeterminação” (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ult. loc. cit.*; no

específica dimensão do bem jurídico, projecta-se nas penas aplicáveis à importunação sexual de menores de 14 e de menores dependentes, bem como na interpretação dos elementos típicos dos artigos 171.º e 172.º quando estejam em causa estas categorias de vítimas, em particular no que diz respeito ao sentido da “importunação” e à irrelevância do acordo²³.

3. O tipo objectivo de ilícito

3.1. Crime material e crime de dano

3.1.1. No plano da *estrutura da conduta típica*, a *Importunação sexual* é, em todas as suas modalidades, um crime material, ou de resultado, pois a lei exige que a conduta do agente efectivamente importe a vítima (“quem importunar outra pessoa...”) ²⁴, *sc.*, cause uma perturbação do estado psíquico da vítima por ela sentida como negativa e indesejada. Isto significa que a importunação não é uma re-descrição complexiva das acções típicas, ou seja, um elemento “vazio” (e, nessa medida, redundante), pressuposta e necessariamente preenchido pela prática de qualquer uma das três condutas descritas, nem sequer um resultado apenas potencial (como decorreria de *outra* redacção: “quem praticar actos exibicionistas, formular propostas, etc., *de forma a* importunar outra pessoa”), mas sim um verdadeiro *resultado típico*.

mesmo sentido, vd. INÊS FERREIRA LEITE, “A tutela penal da liberdade sexual”, *RPCC* 11 (2011), p. 40 e ss.). Porém, “a epígrafe é um importante elemento interpretativo das normas, pelo que o rigor com que são redigidas pode determinar uma melhor ou pior interpretação do regime jurídico respectivo” (JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO / ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, *Manual de Legística Formal*, Fundação Rui Cunha / CRED-DM, Macau, 2015, p. 258). Assim, pode duvidar-se da bondade de manter duas epígrafes que, afinal, nada dizem sobre as normas que as integram, ou melhor, duas epígrafes que, numa primeira e directa aproximação, apontam mesmo um caminho errado. Melhor seria, porventura, alterar a redacção das epígrafes de ambas as secções ou, em alternativa, adoptar uma solução mais simples, que passaria por eliminar as divisões do capítulo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, mesmo que tal obrigasse a uma revisão da ordenação de alguns artigos.

²³ Cf. *infra* no texto, 3.1.2.

²⁴ No mesmo sentido, JOSÉ MOURAZ LOPES / TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Crimes Sexuais. Análise Substantiva e Processual*, Coimbra Editora, 2015, p. 126; M. MIGUEZ GARCIA / J. M. CASTELA RIO, *Código Penal. Parte Geral e Especial*, Almedina, 2ª ed., 2014, p. 714; e, para a formulação idêntica do direito alemão no crime de actos exibicionistas (“*Ein Mann, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt (...)*”) (itálicos nossos), SCHÖNKE / SCHRÖDER - EISELE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29 Aufl., 2014, § 183, nm 4. Já PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Universidade Católica Editora, 2015, p. 675 e s., restringe a natureza material do crime à execução por meio de actos exibicionistas: a importunação por constrangimento a contacto de natureza sexual seria um crime de mera actividade, não convocando “a teoria da adequação do resultado à ação” (p. 676). Esta posição advém de um diferente entendimento da estrutura do crime (o resultado nos actos exibicionistas seria o perigo de cometimento de um outro crime sexual): sobre este assunto, vd. *infra* no texto.

Trata-se também de um crime de execução vinculada, pois a importunação só tem relevância típica se for causada por uma das três acções enunciadas: (i) a prática de actos de carácter exibicionista; (ii) a formulação de propostas de teor sexual; (iii) ou o constrangimento a contacto de natureza sexual.

Da caracterização como crime material e de execução vinculada decorre que não haverá consumação se a prática da acção típica não causar, por qualquer razão, a importunação proibida (p. ex., porque a potencial vítima é cega e não pôde ver o acto exibicionista, ou porque, vendo-o, em vez de se sentir importunada, inverteu a situação a seu favor, ridicularizando o agente), ou se, tendo (concretamente) importunado a vítima, não for (abstractamente) adequada a tanto. Por outro lado, a efectiva importunação da vítima causada por uma execução *incompleta* das acções descritas (p. ex., o acto de abrir o fecho das calças, que põe a potencial vítima em fuga, ou o gesto que pretende mas não consegue apalpar o corpo da potencial vítima, que se esquiva indignada) também não é suficiente para consumir o crime, pois, nesse caso, a acção incompleta tem o mesmo estatuto das acções de importunação não tipificadas. Em ambas as situações, não se verificando a acção legalmente exigida, estaremos perante tentativas de importunação sexual, não puníveis em virtude da regra contida no artigo 23.º, n.º 1, do CP.

3.1.2. Ainda no que toca à importunação como resultado típico do crime de *Importunação sexual*, é digna de nota a evolução do regime aplicável aos casos em que a vítima é menor de 14 anos.

Entre 1995 e 2007, a lei distinguia entre o crime de *Actos exhibicionistas*, que já exigia a importunação da vítima (punível pelo artigo 171.º do CP com prisão até 1 ano ou multa até 120 dias), e a prática de acto exibicionista como forma de *Abuso sexual de crianças* (artigo 172.º, n.º 3, al. *a*), do CP) e de *Abuso sexual de menores dependentes* (artigo 173.º, n.º 2), que se bastavam com o mero acto e *dispensavam a importunação* (crime de mera actividade), puníveis, respectivamente, com penas de prisão até 3 anos e até 1 ano. Aparentemente, este regime era coerente com o princípio que preside à autonomização dos crimes contra o livre desenvolvimento dos menores na esfera sexual²⁵: sendo a vítima menor de 14 anos, ou menor dependente, seria indiferente, para a realização do tipo, se o acto exibicionista a tinha importunado ou não,

²⁵ Vd. *supra*, 2.2.

presumindo a lei, naquele acto, um perigo para a autodeterminação sexual do menor; a efectiva perturbação da vítima, tornando o facto mais grave, poderia apenas intervir como factor da medida concreta da pena. Neste sentido, o âmbito de tutela dos crimes de abuso era mais amplo do que o da *Importunação sexual*²⁶.

Porém, a Lei 59/2007, de 4 de Setembro, para além de adicionar ao crime de *Importunação sexual* a modalidade de acção “constrangimento a contacto de natureza sexual”, passou a exigir que o *Abuso sexual de crianças*²⁷ e o *Abuso de menores dependentes*²⁸ por meio de actos exibicionistas (e, a partir de então, de constrangimento a contacto sexual) efectivamente *importunem* a vítima²⁹. Esta modificação teve por efeito *descriminalizar* os actos exibicionistas (e não incriminar o constrangimento a contacto sexual nem, desde 2015, as formulações de propostas de teor sexual) que não importunem efectivamente a vítima menor de 14 anos ou menor dependente³⁰.

Creemos que a alteração da lei é bem fundada e só aparentemente contraditória com o sentido geral da protecção penal dos menores na esfera sexual. Por um lado, não existindo importunação da vítima – desde logo, porque, por exemplo, ela não compreende o sentido sexual do acto exibicionista –, também não pode presumir-se na conduta um perigo para o seu desenvolvimento sexual, pelo que a intervenção penal redundaria num regresso à tutela dos sentimentos gerais de moralidade sexual³¹. Por outro lado, a pouca idade da vítima que seja efectivamente importunada é decerto um dos factores que tornam a importunação num resultado normal e previsível das três acções tipificadas, daí decorrendo uma protecção acrescida em

²⁶ Não se tratava aqui, verdadeiramente, de uma relação de especialidade entre os *Actos exibicionistas* e os crimes de abuso, mas sim de interferência, pois nenhuma das incriminações continha todos os elementos da restante, visto que cada uma possuía elementos próprios (a exigência de importunação e o limite etário).

²⁷ Actual artigo 171.º, n.º 3, al. a), do CP.

²⁸ Actual artigo 172.º, n.º 2, do CP.

²⁹ Neste sentido, vd. o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14-09-2011, Proc. n.º 39/09.0TAFCR.C1.

³⁰ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Comentário ao artigo 171.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dir. J. de Figueiredo Dias), vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 836, § 12: “a incidência objectiva [da al. a) do n.º 3] é exactamente a que lhe cabe nos termos do referido art. 170.º”. Note-se, de qualquer modo, que a conversa pornográfica com menor de 14 anos é punida independentemente de importunação, nos termos da al. b) do mesmo dispositivo.

³¹ Assim também, a outro propósito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (como na nota 30), p. 836, § 10, dando como exemplo de acto (que deve ser) tipicamente irrelevante a prática de relações sexuais por um casal no mesmo espaço em que se encontra, acordado, o filho de seis meses de idade.

relação aos adultos³². Além disso, convém realçar que a perturbação ínsita na importunação de uma vítima menor protegida pelos crimes de abuso não é excluída pelo acordo (por exemplo, para observação de um acto exibicionista ou para um contacto de natureza sexual), devendo sempre aferir-se pelos efeitos psicológicos que a conduta provocou na vítima. Assim, não se antevê que a alteração da lei tenha causado lacunas de punibilidade; ao invés, ela torna o regime mais congruente com os princípios que enformam a matéria.

Daqui decorre que, actualmente, as normas contidas nos actuais artigos 171.º, n.º 3, al. a), e 172.º, n.º 2, do CP, funcionam como *tipos qualificados* em relação ao tipo fundamental do artigo 170.º: a conduta é hoje praticamente igual³³, mas a qualidade da vítima provoca uma elevação das penas (respectivamente, prisão até 3 anos e prisão até 1 ano mas sem multa alternativa).

3.1.3. No plano da *incidência da conduta sobre o bem jurídico*, a generalidade da doutrina estabelece uma distinção entre os actos exibicionistas e o constrangimento a contacto sexual.

Se a importunação por meio de constrangimento a contacto sexual é encarada como um crime de dano, porque “atinge” a liberdade sexual³⁴, a importunação por meio de actos exibicionistas seria um crime de perigo concreto: “com efeito, pode dizer-se que há uma certa realidade que deve ser criminalizada. Mas apenas e só na exacta medida em que o acto dito exibicionista representa, para a pessoa perante o qual é praticado, um *perigo de que se lhe siga a prática de um acto sexual que ofenda a sua liberdade de autodeterminação sexual por forma a constituir crime*. Só assim se pode dizer que é a liberdade sexual da pessoa visada com o acto exibicionista, já quando esta liberdade está em perigo, que a incriminação visa proteger”³⁵.

³² Circunstância que pode ter especial relevo no âmbito da formulação de propostas de teor sexual: cf. *infra*, 4.1.5., (c).

³³ A única diferença estará em que, como se disse, os crimes de abuso também punem a conduta praticada com o acordo da vítima.

³⁴ MARIA DO CARMO SILVA DIAS, “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos «crimes contra a liberdade sexual»”, *Rev. do CEJ* 8 (2008) (n.º especial *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal – Estudos*), p. 256; VICTOR DE SÁ PEREIRA / ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal Anotado e Comentado*, 2ª ed., Quid Juris, 2014, p. 498, nm. 5; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, cit., p. 676.

³⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, “Comentário ao artigo 170º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (dir. J. de Figueiredo Dias), vol. I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 818, § 7 (ênfase no original), reproduzindo a posição que a primeira A. já havia avançado na 1ª ed. da obra (vol. I, p. 534 e 537). No mesmo sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, cit., p. 951; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, cit., p. 676 e s. (“a razão de ser da punição do ato reside no perigo para a liberdade sexual da vítima, isto é, na possibilidade

Com a devida vénia, e sem prejuízo de reconhecermos aqui um louvável esforço de restringir ao mínimo a punição dos actos exibicionistas, não podemos acompanhar esta forma de construir o crime de importunação sexual, por duas razões. Uma prende-se com a função dos crimes de perigo concreto e com a leitura do crime de importunação sexual por meio de actos exibicionistas na economia do actual regime dos crimes sexuais (*infra (a)*); a outra diz respeito à compreensão da relação entre o crime de *Importunação sexual* e o crime de *Ameaça (infra (b))*. Assim, procuraremos argumentar que o crime de *Importunação sexual* é, em todas as suas modalidades, um crime de dano (*infra (c)*).

(a) Começaremos por notar que não é usual o legislador desenhar crimes de perigo *concreto* cujo conteúdo de ilícito resida na possibilidade de ulterior cometimento, *pelo mesmo agente*, de *outros* crimes contra o *mesmo* bem jurídico: a prevenção / repressão desses outros crimes (no caso, a *Coacção sexual*, a *Violação*, etc.) consegue-se, em princípio, por meio das normas que têm essa específica finalidade, incluindo aquelas que eventualmente punam a tentativa e os actos preparatórios. Em casos raros, quando o legislador pretende autonomizar, em incriminação separada, uma tutela penal antecipada em relação a estádios mais intensivos de ataque ao bem jurídico que a conduta *daquele mesmo agente* possa vir a atingir, constrói crimes de perigo abstracto (que, normalmente, descrevem certos actos preparatórios do crime “final”³⁶).

séria da prática de um acto sexual posterior que ofenda a liberdade sexual”); e, aparentemente, VICTOR DE SÁ PEREIRA / ALEXANDRE LAFAYETTE, cit., p. 498, e M. MIGUEZ GARCIA / J. M. CASTELA RIO, cit., p. 715 (mas vd. *infra*, nota 48). Neste sentido, também, de forma expressiva, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 598/06.0JAPRT.P1, de 6-05-2009: “Para que se preencha o tipo criminal do art. 170º do Código Penal é necessário que o acto dito exibicionista represente para a pessoa perante a qual é executado o perigo de que se lhe siga a prática de um acto sexual que ofenda a sua liberdade de autodeterminação sexual”.

³⁶ Veja-se, p. ex., a nível incriminação constante do n.º 11 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto), paradigmática de um direito penal do autor e da atitude interior, puramente assente em elementos subjectivos, onde se pune “quem viajar ou tentar viajar” para país diferente do da sua nacionalidade ou residência com a intenção de aderir a uma organização terrorista ou de praticar actos terroristas.

Seja como for, a concepção do crime de *Importunação sexual* por actos exibicionistas como *crime de perigo abstracto* (perigo de cometimento de outros crimes pelo mesmo agente) parece estar afastada. Com efeito, e sabendo-se embora que o agente desta infracção não tem que necessariamente sofrer da perturbação parafílica “exibicionismo”, nem sequer da parafilia homónima (enquanto padrão de comportamento: vd. a distinção estabelecida agora no *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5th. ed. (DSM 5), American Psychiatric Association, 2013, p. 685 e ss.), a verdade é que o exibicionismo se caracteriza precisamente por não haver, em regra, “qualquer tentativa para continuar a actividade sexual com o estranho” (como se especificava na edição anterior do Manual: *DSM-IV-TR, Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais*, 4.ª ed., Climepsi, 2002, p. 569). Deste modo, e na ausência de dados empíricos sólidos que deponham em outro sentido, não seria legítimo presumir nos actos exibicionistas um perigo significativo (abstracto) de cometimento consecutivo de

Ao invés, os crimes de perigo concreto servem precisamente para captar os casos em que *não se espera* que o agente leve a cabo novos ataques mais intensos ao bem jurídico, e por isso a ofensa (de perigo) já cometida deve ser-lhe imputada *enquanto tal* (pense-se, paradigmaticamente, no crime de *Exposição ou abandono* e, em geral, nos crimes de perigo comum).

Na verdade, a criação dolosa de um perigo *concreto* do cometimento de outro crime pelo agente constituirá sempre, se bem vemos, a prática dolosa de um acto de execução *desse* crime, nos termos do artigo 22.º do CP (e daí falar-se, com propriedade, de uma “conexão de perigo típico” para caracterizar o início da execução, e, portanto, da tentativa³⁷). Consequentemente, a forma normal de punir esse perigo concreto será estabelecer a punibilidade da tentativa.

Isto mesmo é, aliás, salientado pela corrente doutrinária em análise relativamente à *Importunação sexual*: “pode admitir-se que o efeito desta protecção se lograva com a punição da *tentativa* do crime sexual que o agente quer cometer (nos casos em que esta punição fosse legalmente possível: cf. art. 23º-1)”. Todavia, prossegue-se, “nisto residiu a opção do legislador, que preferiu assegurar autonomamente a incriminação destes comportamentos, através da consagração de um *crime de perigo concreto* para a liberdade sexual da pessoa (o que resulta do tipo ao exigir que o agente «importune» a vítima com o seu acto (...))”³⁸. Desta leitura decorrem duas consequências, intimamente ligadas, mas diferentes: por um lado, a importunação da vítima por meio de actos exibicionistas que, em concreto, cria um perigo de cometimento de *outro* crime sexual, integra sempre, *também*, uma tentativa do crime visado – o próprio acto exibicionista será, nesse contexto, um acto de execução do crime de *Coacção sexual* (ou de *Violação*, ou de *Abuso sexual*). Por outro lado, o conteúdo da importunação sexual por actos exibicionistas seria *exclusivamente* composto por condutas que também integram tentativas de outros crimes sexuais.

Ora, conjugando esta interpretação com a *cláusula de subsidiariedade* aposta à norma do artigo 170.º, e tendo em consideração as penas aplicáveis, por um lado, à *Importunação sexual*, e, por outro, à tentativa dos crimes sexuais que surjam como candidatos positivos da referência do

outros crimes (mais graves) contra a liberdade sexual e, em consequência, escorar nesse suposto perigo a legitimidade da incriminação; em sentido contrário, mas sem outra fundamentação, vd. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, *ex aequo* 31 (2015), p. 118, que parece ver “sinais” de “ameaça iminente de agressão sexual” nas condutas tipificadas no artigo 170.º: “(...) tudo o que seja abuso verbal de conteúdo sexual, que é *também* ofensivo e perturbador da integridade e da liberdade das mulheres, *bem como* sinal de ameaça iminente de agressão sexual” (itálicos nossos).

³⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (como na nota 1), p. 706 e ss.

³⁸ ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, cit., p. 818, § 8 (ênfase no original).

dito perigo concreto³⁹, concluímos que o artigo 170.º seria, nesta parte, uma norma *residual*, aplicável apenas aos casos em que a *tentativa* de um certo crime sexual é executada através da importunação por actos exibicionistas, tentativa que, todavia, não é punível por força da moldura penal aplicável ao dito crime.

Sucedede que, além de não ser clara a razão pela qual o acto exibicionista deveria qualificar particularmente a tentativa de um crime sexual de forma a torná-la punível, a concepção em análise dificilmente pode sobreviver às modificações introduzidas com a Revisão de 2015. Com efeito, na vertigem de expandir a intervenção penal até aos limites mais remotos, o legislador de 2015 generalizou a punibilidade da tentativa a praticamente todos os crimes sexuais e, no que mais nos importa, aumentou as penas dos crimes de *Coacção sexual* e de *Violação* previstos nos artigos 163.º, n.º 2, e 164.º, n.º 2, respectivamente, de prisão até 2 anos e prisão até 3 anos, para prisão até 5 anos e prisão de 1 a 6 anos. Em consequência, a zona residual que poderia ser coberta pela importunação sexual por meio de actos exibicionistas, enquanto crime de perigo concreto, parece ter desaparecido por completo, pois todos os crimes que poderiam servir de referência ao perigo concreto são hoje puníveis, *sob a forma tentada*, com penas muito superiores. Vista deste prisma, a norma do artigo 170.º teria passado de residual a *redundante*, tanto na sua dimensão de determinação de comportamentos (porque a conduta já é proibida pelas normas que reprimem os crimes visados), como de norma de sanção (porque a cláusula de subsidiariedade que condiciona a punição da importunação levaria a aplicar *sempre* as normas que punem o *outro* crime tentado).

(b) O panorama não é muito diferente se, em vez de configurarmos a importunação sexual por meio de actos exibicionistas como um crime contra a liberdade sexual, o virmos como uma ofensa à mais geral liberdade de acção e omissão, solução para a qual a interpretação em análise parece também propender: “em último termo, o que não deve ser aqui silenciado é o facto de, por estar em causa a prática de actos sexuais *perante* a vítima (...), não ser verdadeiramente a sua liberdade de autodeterminação sexual que é colocada em perigo, mas antes a sua *liberdade pessoal de acção ou omissão*”⁴⁰. O conteúdo de ilícito residiria então, não propriamente na importunação causada pelos actos exibicionistas, mas na “atemorização”, no receio que estes lhe

³⁹ *Coacção sexual, Violação* e os vários crimes de *Abuso sexual* (enquanto crimes contra a liberdade sexual).

⁴⁰ ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, cit., p. 819 e s.; e MARIA DO CARMO SILVA DIAS (como na nota 34), p. 257.

infundem da prática de outro crime sexual subsequente (retomando aliás, por essa forma, a proposta do anteprojecto levado à Comissão Revisora de 1991: praticar actos exibicionistas “de forma ameaçadora”⁴¹).

Se bem vemos, esta concepção tem por efeito transformar a importunação sexual, substancialmente, num crime de ameaças, *especializando-lhe* apenas o modo de execução. Também aqui, e salvo melhor opinião, a incriminação da importunação sexual por meio de actos exibicionistas seria, nesta leitura, redundante, pois em nada se distinguiria do crime de *Ameaça*, punível pelo artigo 153.º do CP com as mesmas penas. Na verdade, as ameaças, “ao provocarem um sentimento de insegurança, intranquilidade ou medo na pessoa do ameaçado, afectam, naturalmente, a paz individual que é condição de uma verdadeira liberdade”⁴², sendo certo que também podem ser cometidas por uma acção “gestual”⁴³ e não exigem, no plano do tipo subjectivo, que o agente tenha a intenção de concretizá-las⁴⁴. Isto, naturalmente, se não se aceitar que a diferenciação de nomenclatura para reflectir adequadamente o sentido social da ofensa ao bem jurídico deva ir ao ponto de exigir uma designação especial, com uma referência sexual, para a ameaça da prática de crimes sexuais⁴⁵.

Assim, entre a *Importunação sexual*, neste segmento típico, e a *Ameaça*, não existe, em nossa opinião, uma relação de “unidade de lei” (especialidade), mas sim, eventualmente (*sc.*, quando os elementos da segunda realmente estejam presentes no caso), um concurso de crimes, embora não necessariamente um concurso efectivo ou verdadeiro, pois será decerto um campo

⁴¹ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, cit., p. 819. Esta ideia foi recentemente recuperada por INÊS FERREIRA LEITE, a propósito da incriminação da formulação de propostas de teor sexual (“Quem importunar outra pessoa [...] perseguindo-a de forma intimidatória com propostas de teor sexual”), num parecer apresentado pelo Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais ao *Grupo de Trabalho – Implicações Legislativas da Convenção de Istambul*, no âmbito do procedimento legislativo que viria a culminar na Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, responsável pelas alterações ao crime de importunação sexual que aqui analisamos. Parecer disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=38686>.

⁴² Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Comentário ao artigo 153.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dir. J. de Figueiredo Dias), vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 552, § 7.

⁴³ *Ibidem*, p. 554, § 10.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 566, § 28, com indicação de outra bibliografia.

⁴⁵ O emprego de designações diferentes para crimes com um conteúdo de ilícito parcialmente comum justifica-se quando entre eles exista uma diferença de sentido social e jurídico, uma diferença de natureza que legitime, também, regimes diferenciados. É por isso que um crime de incêndio com intenção terrorista é um crime de *Terrorismo*, e um crime de ofensas à integridade física graves com intenção de destruir um grupo étnico é um crime de *Genocídio*. Mas a natureza do crime ameaçado não tem a virtualidade de mudar a natureza da *Ameaça* propriamente dita, sob pena de se perder o sentido essencial do bem jurídico protegido, que é sempre, em qualquer caso, a liberdade, mesmo quando o crime ameaçado se dirige contra bens jurídicos que dela se distinguem de forma mais vincada (vg., a vida e a integridade física). Voltaremos a este ponto a outro propósito.

fértil para casos de concurso aparente (consunção)⁴⁶, cuja verificação só pode estabelecer-se em concreto.

Em suma: vista como crime contra a liberdade geral de acção e omissão, a importunação sexual por actos exibicionistas duplicaria, de forma redundante, a incriminação da *Ameaça*⁴⁷.

(c) Se as razões precedentes nos levam a afastar a qualificação da importunação sexual por meio de actos exibicionistas como crime de perigo, concreto ou abstracto, é agora chegado o momento de avançarmos, de forma positiva, a nossa interpretação da estrutura deste crime.

Na verdade, não pode esquecer-se que o resultado proibido é sempre a *importunação*, isto é, a perturbação negativa do estado psíquico da vítima na esfera da sua sexualidade, que subordina, como resultado que a lei quer evitar, *todas* as modalidades de acção. Ora, essa perturbação, quando ocorre, lesa efectivamente a liberdade e a autodeterminação sexual⁴⁸, em diferentes dimensões: seja porque atinge o direito de não presenciar, contra vontade, actos de natureza sexual praticados por terceiro⁴⁹, seja porque atinge o direito de não ser sujeito, contra vontade, a contactos físicos de natureza sexual – seja porque, no entender do legislador de 2015, afecta o direito de não ser destinatário, contra vontade, de propostas de teor sexual. Tais lesões do bem jurídico – tenham ou não dignidade penal, sejam ou não carecidas de pena: esse é um outro

⁴⁶ No sentido dado a estas noções por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (como na nota 1), p. 994 e ss.

⁴⁷ Isto não significa que seja absolutamente indiferente enquadrar uma conduta em um ou outro dos artigos referidos, porque existem algumas diferenças de regime. Assim, por exemplo, embora ambos os crimes sejam semi-públicos, a *Importunação sexual* dispensa a apresentação de queixa quando for praticada contra um menor ou da importunação resultar suicídio ou morte da vítima; além disso, se a vítima for um menor, o condenado por este crime será sujeito à moderníssima, mas não menos sinistra, marca de flor-de-lis trazida pela Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto. Porém, e como é óbvio, não é nestas diferenças de regime – que supõem, precisamente, a qualificação da *Importunação sexual* como um *crime sexual* – que poderia encontrar-se a justificação para a autonomização da *Importunação sexual* como crime contra... a liberdade geral de acção e de omissão.

⁴⁸ Neste sentido parecem inclinar-se, embora apenas implicitamente, M. MIGUEZ GARCIA / J. M. CASTELA RIO, cit., p. 713: “a importunação (...) supõe a adequação da acção para *prejudicar*, de forma não irrelevante, a tranquilidade emocional de outrem” (itálicos nossos).

⁴⁹ Em sentido contrário, vd. MARIA DO CARMO SILVA DIAS (como na nota 34), p. 253 e ss., para quem os actos exibicionistas não afectam a liberdade sexual do “observador”, mas apenas, eventualmente, a sua “liberdade de acção (...) a sua esfera pessoal íntima”, e por isso conclui pela insubsistência de um fundamento político-criminal válido para a respectiva incriminação. Mas se pensarmos naquele que nos parece ser o caso paradigmático desta infracção (o agente que se exhibe ou masturba perante a vítima num local fechado de que ela não pode sair), a liberdade de acção da vítima está limitada por circunstâncias alheias à vontade do agente, cuja conduta afecta apenas a liberdade de não presenciar actos sexuais indesejados. Aliás, se o agente restringir a liberdade de acção da vítima para praticar, nesse contexto, actos exibicionistas, estaremos provavelmente perante um outro crime (de *Coacção* ou *Sequestro*), em relação de concurso efectivo ou aparente (consunção) com a *Importunação sexual*.

problema – ocorrem independentemente da verificação de um perigo concreto do cometimento subsequente de outro crime sexual.

Esta compreensão do sentido do elemento “importunação”, enquanto resultado típico, e da sua conexão com a liberdade e a autodeterminação sexual parecem suficientes para qualificar a presente infracção, em todas as suas modalidades, como um *crime de dano*.

3.2. Modalidades de acção: os actos exibicionistas e o constrangimento a contacto de natureza sexual

O objecto principal do nosso estudo é, como dissemos, o segmento típico introduzido com a revisão de 2015, relativo à importunação por meio da formulação de propostas de teor sexual, que destacaremos a seguir em apartado autónomo. Porém, antes disso, convém analisar as outras duas modalidades de acção, não só pelo contexto que fornecem, mas também por apresentarem características que especificamente as diferenciam da formulação de propostas sexuais e que ajudarão a compreender certas diferenças de regime na construção que propomos.

3.2.1. Importunar outra pessoa, praticando perante ela actos de carácter exibicionista

Esta modalidade do crime de importunação sexual, por ter sido a primeira a ser tipificada, foi já objecto de abundante tratamento pela doutrina. De todo o modo, justifica-se tirar agora algumas consequências concretas do modo como concebemos a estrutura geral da incriminação.

Se o conteúdo de ilícito da conduta não é a imoralidade do acto exibicionista, mas sim o seu resultado – a importunação da vítima – e a concomitante lesão da sua liberdade sexual, é imprescindível que exista também aqui, como salientam Anabela Miranda Rodrigues / Sónia Fidalgo, um elemento de *constrangimento*, de ter de suportar, contra a vontade, aquele acto⁵⁰. Sem esse constrangimento não haverá importunação tipicamente relevante. O caso paradigmático será o do agente que se exhibe perante uma vítima dentro de um espaço fechado, p. ex., um elevador. Assim, para além de a lei exigir a efectiva prática do acto exibicionista perante a

⁵⁰ ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, cit., p. 821.

vítima⁵¹ (não sendo suficientes actos incompletos⁵²), bem como a efectiva causação da importunação⁵³, é preciso que o acto seja, em geral e em abstracto, *adequado* a causá-la (artigo 10.º do CP), atendendo às circunstâncias em que é praticado.

É claro que, sendo os actos exibicionistas, em si mesmos, um comportamento desviante à luz dos padrões de moralidade sexual dominantes, pode afirmar-se que tais actos serão em princípio adequados a causar o resultado proibido, sobretudo quando se limite, correctamente, a respectiva relevância típica (só preenchem o tipo de crime os actos portadores de uma carga sexual mais intensa⁵⁴). Só não será assim quando as circunstâncias em que são praticados excluam a adequação: p. ex., porque a vítima não se encontra constrangida a presenciá-los, podendo simplesmente prosseguir o seu caminho (caso do “homem da gabardina”)⁵⁵, ou porque os actos são praticados num lugar habitualmente frequentado por pessoas que dão o seu acordo

⁵¹ Embora não tenha necessariamente de se lhe dirigir: ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓ NIA FIDALGO, *ult. loc. cit.*

⁵² Vd. *supra*, 3.1.1.

⁵³ Vd. *supra*, 3.1.1.

⁵⁴ Nem todo o acto exibicionista será susceptível de importunar aqueles que o presenciam: pense-se, p. ex., na exibição, ainda que provocatória e com conotação sexual, dos seios ou das nádegas num bar (*flashing*). Isto, claro está, se admitirmos que este acto pode ser considerado, em abstracto, um acto exibicionista: na verdade, a doutrina costuma restringir o conceito à *exposição* dos órgãos genitais, provavelmente influenciada pela definição médico-psiquiátrica e pelo facto de o agente do crime ser predominantemente do sexo masculino. Contudo, e embora se possa discutir que espécies de actos de cariz sexual devem caber no âmbito da noção, não nos parece que eles estejam à *partida* limitados à exposição dos órgãos genitais: a título de exemplo, a prática de cópula perante terceiro pode ser, em certas circunstâncias (havendo constrangimento da vítima, como se sustenta em texto) um acto exibicionista (cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓ NIA FIDALGO, p. 817, § 3), mesmo que o importunado não veja os órgãos genitais do(s) agente(s).

No que diz respeito ao caso concreto do desnudamento dos seios, um tribunal de Paris decidiu, por sentença de 17-12-2014, que consubstancia o crime de “exibição sexual” o facto de uma mulher manifestar as suas ideias políticas, de torso nu, dentro de uma igreja, por os seios serem uma “parte sexual” do corpo (a decisão encontra-se presentemente em fase de recurso). Posta entre parêntesis a questão de saber se a motivação / finalidade política do acto (bem como, p. ex., a amamentação em público) é compatível com o crime de exibição sexual (note-se que, ao invés das leis portuguesa e alemã, a lei francesa não exige a importunação, bastando-se com a exibição sexual), esta decisão (que aliás retoma jurisprudência mais antiga, da década de 60, prolatada num momento em que se incriminava ainda o ultraje ao pudor) importa apenas como sinal de que o acto exibicionista não se esgota necessariamente na *exibição dos órgãos genitais*. Na realidade, a nosso ver, a qualificação depende muito mais do sentido social-objectivo do acto (e das circunstâncias que o rodeiam) do que de um putativo “mapeamento” genérico das “partes sexuais”, como se mostra até pelo facto de, p. ex., apalpar a coxa alheia poder ser relevante como contacto sexual (de acordo com alguma doutrina, será até um acto sexual de relevo, para efeitos da aplicação do artigo 163.º do CP), sem que por isso se possa considerar a exibição das coxas como acto exibicionista.

⁵⁵ Pode questionar-se se a mesma solução deve caber aos casos em que a vítima é forçada a adoptar acções específicas para não ser importunada, como, p. ex., mudar de lugar num transporte público ou num cinema para não presenciar um acto exibicionista do homem ou da mulher do lado: porque esse incómodo não é exigível, parece haver um certo constrangimento de quem pretende apenas permanecer no seu direito; todavia, não deixa de ser verdade que tal incómodo não afecta propriamente a liberdade sexual, mas apenas – de forma atípica – a liberdade geral de acção.

tácito àquelas práticas concretas (lugares usualmente dedicados à exibição, voyeurismo e *dogging*), não sendo portanto normal nem previsível que o acto importune outra pessoa.

Quer dizer: nesta modalidade de acção, a lei penal (correctamente interpretada) procede a um sensível estreitamento das acções tipicamente relevantes para causar a importunação, por quatro vias: (i) porque selecciona (como nos restantes segmentos) um meio específico de causar a importunação (crime de execução vinculada); (ii) porque esse meio é já, em geral, objecto de uma valoração social negativa; (iii) porque a consideração do resultado que se pretende evitar obriga a recortar, dentro dos actos exhibicionistas, apenas aqueles que são portadores de uma carga sexual mais intensa; e (iv) porque o acto exhibicionista, mesmo dotado dessa carga, não é adequado a causar importunação quando as circunstâncias em que é praticado não são de molde a importunar a vítima.

3.2.2. Importunar outra pessoa, constringendo-a a contacto de natureza sexual

A norma incrimina também a importunação de outra pessoa mediante constringimento a contacto de natureza sexual. Na síntese de Anabela Miranda Rodrigues / Sónia Fidalgo, pretende-se assim “punir a prática, por *qualquer* meio, de *contactos sexuais* com a vítima, *contra* a sua vontade, que *não constituem actos sexuais de relevo*”⁵⁶. Antes da revisão de 2015, haveria que somar a este universo, eventualmente, os contactos que integram actos sexuais de relevo quando o constringimento não fosse acompanhado dos factores que se encontravam *tipificados* no n.º 2 do artigo 163.º (ou, em alternativa, ter de admitir aí uma possível lacuna de punibilidade); porém, com a redacção introduzida em 2015, esta norma passou a abarcar *todo* o constringimento a acto sexual de relevo, pelo que os contactos sexuais do artigo 170.º ficam forçosamente limitados aos actos sexuais que não sejam de relevo.

O contacto sexual traduz-se num acto físico, de natureza sexual, praticado *no* corpo da vítima (toques, *frotteurisme*, etc.)⁵⁷. Porém, também aqui, e como advertem José Mouraz Lopes /

⁵⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, cit., p. 824 (ênfase no original); no mesmo sentido, vd. o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Processo n.º 37/11.4GDARL.E1, de 15-05-2012: “A conduta típica do crime de importunação sexual é um acto de natureza sexual (que não tenha a gravidade de acto sexual de relevo) praticado contra a vontade da vítima e na presença da mesma ou sobre esta (que seja constringida a presenciar ou suportar) e, em tal medida, seja importunada”.

⁵⁷ Sobre o conceito de actos sexuais, vd. M. MIGUEZ GARCIA / J. M. CASTELA RIO, cit., p. 681 e s.

Tiago Caiado Milheiro, “o essencial é, não apenas o contato de natureza sexual, mas o constrangimento e importunação”⁵⁸. Assim, repete-se neste segmento o raciocínio que se expôs no apartado precedente sobre a necessidade de se produzir uma efectiva importunação da vítima, bem como de se verificar a adequação entre o acto praticado e esse resultado típico. De novo, a afirmação dessa relação encontra-se facilitada, porque o *constrangimento* a um contacto de natureza sexual é objecto de uma valoração social negativa, pelo que, em geral e em abstracto, é apto a causar a importunação da vítima, que surge assim como resultado normal e previsível da acção.

Porém, reconhecer a reprovação social desta conduta e a eventual lesão do bem jurídico que causa não significa aceitar, *ipso facto*, a legitimidade da respectiva criminalização. Neste aspecto, não acompanhamos a jurisprudência do Tribunal Constitucional vertida no AcTC n.º 105/2013, segundo a qual a protecção da liberdade e autodeterminação sexual por intermédio deste segmento normativo ainda respeita os princípios da necessidade e proporcionalidade da intervenção penal contidos no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição⁵⁹.

⁵⁸ JOSÉ MOURAZ LOPES / TIAGO CAIADO MILHEIRO, cit., p. 131. Em sentido diverso, mostrando perplexidade pela subordinação do constrangimento (“mais grave”) à importunação, vd. MARIA DO CARMO SILVA DIAS (como na nota 34), p. 260 e s. Por nós, vemos o problema de outra forma: é precisamente porque o constrangimento visa actos sexuais *sem* relevo (ao contrário do constrangimento relevante para a *Coacção sexual*) que o legislador adicionou a exigência de efectiva importunação da vítima, admitindo que tal constrangimento possa não importunar a vítima ou não seja sequer adequado a tanto.

⁵⁹ Na parte que interessa para este efeito, reza o acórdão: “Ora, como vimos, com a incriminação prevista na segunda parte do artigo 170.º do Código Penal, visa-se proteger a liberdade sexual, punindo a importunação de outra pessoa, mediante o constrangimento desta a contacto de natureza sexual. [...] Ou seja, o legislador entendeu que esse constrangimento a contacto de natureza sexual se traduzia numa ofensa ao bem jurídico da liberdade sexual, cujo relevo era merecedor de tutela penal, não obstante esse contacto não revestir uma gravidade idêntica ou equiparável à do «ato sexual de relevo». Estamos, assim, perante uma opção de política criminal, por parte do legislador, que entendeu que os referidos comportamentos ainda eram dotados de dignidade punitiva, sendo que a criminalização da conduta em causa não teve na sua base razões ligadas ao domínio da moral social ou da moralidade sexual, mas sim apenas a protecção da liberdade pessoal, num dos domínios em que essa liberdade se projeta. [...] Assim, no caso concreto, o bem jurídico tutelado pelo tipo legal de crime em causa é inquestionavelmente dotado de dignidade bastante para ser merecedor de tutela penal. Por outro lado, embora as condutas objeto de criminalização no referido tipo legal possam estar próximas do limiar mínimo no que respeita à carência de tutela penal, não se pode esquecer que essa «menor» dignidade penal ou menor danosidade de tais condutas encontra-se refletida na sanção prevista (pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias). [...] Não é, contudo, evidente que a diminuta gravidade dessas condutas seja de tal grau que se possa afirmar que a intervenção do direito penal nestes casos se revela excessiva. [...] Assim, e sendo certo que, nesta matéria, este Tribunal só deve censurar as soluções legislativas que forem manifestamente excessivas, há que concluir que a norma em questão não viola qualquer norma ou princípio constitucional, designadamente os princípios constitucionais da necessidade, adequação e proporcionalidade, a que devem obedecer as leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição”.

Diferentemente do que se propugna no aresto, entendemos que se trata, quando muito⁶⁰, de uma *lesão mínima* daquele bem jurídico (actos sexuais, por definição, não relevantes)⁶¹, que não justifica a proibição penal⁶², resvalando a incriminação desta conduta para a perimida e constitucionalmente inadmissível tutela da “moral sexual” que a revisão de 1995 precisamente quis afastar, dissimulada agora sob as bandeiras do aprofundamento dos direitos fundamentais e da “garantia plena da liberdade sexual”⁶³. Trata-se, enfim, de mais uma instância do processo de infantilização dos cidadãos sob o manto imparável do Estado-Pai, especialmente em matéria sexual, cujas causas e contornos não podem ser examinados nesta ocasião.

4. Modalidades de acção (cont.): em especial, a formulação de propostas de teor sexual

⁶⁰ De forma porventura mais radical, cf. a crítica de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 105/2003, de 20 de Fevereiro de 2013”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3987, p. 430 e ss., esp. 439 e ss., onde a A., para além de expor certos equívocos em que a decisão se deixou enredar, conclui que o constrangimento a contactos sexuais que não integrem actos sexuais de relevo *não atingem sequer* a liberdade sexual nem qualquer bem jurídico claramente identificado, por aí causando a invalidade constitucional da norma: “o que agora resulta claro é que, se o fim de protecção da norma que incrimina a importunação sexual é punir, como se aceita no Acórdão que é, a prática de «atos de natureza sexual que não tenham dignidade de atos sexuais de relevo», (então) não há um bem jurídico claramente definido protegido pela incriminação”, pelo que “a norma em questão é «nula», por «materialmente inconstitucional», logo por «inexistência de bem jurídico»” (citações omitidas).

⁶¹ Isto será tanto mais assim quanto mais generosa for a interpretação da noção de actos sexuais de relevo (que, havendo constrangimento, cairão no domínio da *Coacção sexual*). Como se sabe, a doutrina e a jurisprudência apresentam diferenças significativas neste domínio: cf., por exemplo, a resenha jurisprudencial oferecida por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, p. 646, com as posições bem mais restritivas, a que nos acolhemos, de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Comentário ao artigo 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (dir. J. de Figueiredo Dias), vol. I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 718 e ss., e JOSÉ MOURAZ LOPES / TIAGO CAIADO MILHEIRO, cit., p. 42.

⁶² Assim logo MARIA DO CARMO SILVA DIAS (como na nota 34), p. 258 e ss.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (como na nota 21), p. 712 e s., § 8; e, de forma lapidar, ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, cit., p. 825: “meros contactos de natureza sexual que, por definição, não constituam actos sexuais *de relevo* não devem ser criminalizados como atentados à liberdade e autodeterminação sexual, porque não violam este bem jurídico *de maneira suficientemente importante*” (itálicos nossos).

Com efeito, e ao contrário do que pretende, a propósito de outro segmento da norma, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, cit., p. 117, não basta que certa conduta atinja “bens jurídicos que fazem parte do quadro axiológico plasmado no catálogo dos Direitos, Liberdades e Garantias da Constituição” para que se conclua, *ipso facto*, pela legitimidade da intervenção penal: é ainda preciso que a *conduta* tenha, ela própria, dignidade penal (e que seja carecida de pena, por não existir outro meio menos gravoso que propicie uma protecção eficaz contra ela (subsidiariedade); uma boa síntese do *iter* do processo de criminalização pode encontrar-se em MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC 2* (1992), p. 184 e ss.). É precisamente a dignidade penal da *conduta* (e, portanto, da *lesão*) que nos parece estar ausente do contacto sexual que não é um acto sexual de relevo.

⁶³ No mesmo sentido, vd. MARIA DO CARMO SILVA DIAS (como na nota 34), p. 261 e ss.; ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, p. 826; e ANABELA MIRANDA RODRIGUES (como na nota 60), p. 438 e ss.

Até 2015, era doutrina pacífica que a importunação sexual realizada através de palavras não era abrangida pelo tipo do artigo 170.⁶⁴ A este propósito, levantam-se duas questões: a primeira consiste em estabelecer a interpretação correcta do novo segmento normativo, definindo a área de tutela típica; a segunda centra-se em saber se a conduta típica assim desenhada pode ser objecto de criminalização à luz dos princípios jurídico-constitucionais pertinentes. Naturalmente, estas questões não podem ser separadas de forma cortante, porquanto a hermenêutica da norma penal tem que incorporar os imperativos jurídico-constitucionais que a condicionem. De todo o modo, estamos perante duas tarefas com finalidades distintas, que pedem respostas autónomas.

4.1. A área de tutela típica

Trata-se, também aqui, de um crime de resultado (a importunação)⁶⁵, de execução vinculada (a formulação de propostas de teor sexual) e de dano (a lesão da autodeterminação sexual)⁶⁶.

Vejamos então estes elementos com mais pormenor.

4.1.1. A importunação, recorde-se, tem que consistir numa perturbação negativa da vítima na esfera da sua sexualidade, aqui em função do que lhe é proposto, *sc.*, do “*teor*”, ou *conteúdo*, sexual da mensagem, sendo irrelevante, para este efeito, a *forma* mais ou menos crua ou despidorada da mesma (a linguagem utilizada, o carácter explícito das fotografias, filmes ou desenhos com que se pretende ilustrar as propostas, etc.)⁶⁷.

⁶⁴ Neste sentido, em comentário ao artigo 170.º, escrevia JOSÉ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2008, p. 108: “Estarão por isso fora do âmbito do tipo [...], de uma forma inequívoca, todas as palavras ou gestos grosseiros de natureza sexual dirigidas à vítima”.

⁶⁵ Assim também JOSÉ MOURAZ LOPES / TIAGO CAIADO MILHEIRO, *cit.*, p. 132.

⁶⁶ Em sentido diverso, IDEM, *ult. loc. cit.*, sustentando que a proposta, por integrar um “convite, uma oferta, uma sugestão, a um ato de natureza sexual (...) funciona como um crime de perigo abstracto para condutas mais gravosas, já que esse convite demonstra alguma perigosidade para a consumação de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual mais gravosos”, sem todavia oferecerem outra fundamentação (empírica) onde se escorre tal juízo de perigosidade (e que mostre, p. ex., que uma parte muito significativa destas propostas – seja qual for, por enquanto, o conteúdo que se dê ao conceito: vd. já a seguir no texto – é seguida de crimes sexuais “mais gravosos”).

⁶⁷ Em sentido oposto, IDEM, *ult. loc. cit.*, expondo que “a configuração típica do ato deve (...) sustentar-se na utilização de um tipo de linguagem (ou outra forma de expressão) baixa, ostensivamente sexual, rude, com

4.1.2. A essência desta modalidade de acção reside na comunicação de uma mensagem com conteúdo sexual que, na sua estrutura formal de *proposta*, enquanto convite para a prática (activa e / ou passiva) de actos sexuais, faz esperar uma tomada de posição da vítima (de aceitação ou rejeição).

Daqui decorre imediatamente que, tal como no segmento típico anterior (e diferentemente da importunação por meio de actos exibicionistas), a vítima da importunação tem que *coincidir* com o destinatário das propostas: não é típica a formulação de propostas de teor sexual que importuna pessoa diversa do destinatário das mesmas.

4.1.3. As propostas podem ser formuladas *oralmente*, por *escrito*, por meio de *gestos* ou de *representações gráficas*⁶⁸.

Assim, será tipicamente relevante a proposta escrita num papel que o agente entrega ou exhibe a outra pessoa, bem como a mensagem enviada pelo correio ou por meios de comunicação à distância (mensagem de telemóvel, correio electrónico, etc.).

Os gestos (nomeadamente, as expressões faciais, os gestos manuais e os movimentos do corpo) também se mostram idóneos para formular propostas de teor sexual, bem como as representações gráficas (desenhos, fotografias, filmes, etc.). Nestes casos, importa apenas

aptidão para ferir a liberdade da vítima em termos sexuais, no sentido de que se sente invadida na sua privacidade sexual sem ter possibilidade ou capacidade de rejeitar um comportamento que lhe é imposto por terceiro. Terá que ser assim uma linguagem ou expressão gráfica com aptidão para a importunar, e que conduza a essa efetiva importunação sexual (crime de resultado). Recorde-se que o bem jurídico protegido é ainda a liberdade e autodeterminação sexual e não qualquer outro. Palavras, atos ou sugestões que atentem contra a honra e consideração da vítima configuram outros tipos criminais”.

Se concordamos plenamente com esta última asserção (vd. já a seguir no texto), e se imputamos, também, o potencial ofensivo da conduta à situação de constrangimento em que a vítima se encontra – em termos tais que só essa situação pode justificar a protecção penal da *autodeterminação* sexual: vd. *infra*, (b) e (c) –, já não podemos acompanhar os AA. relativamente à necessidade (ou sequer relevância) de formas de expressão “baixas” ou “rudes”. Na verdade, e por um lado, a lei é clara ao referir a importunação ao “teor” sexual das propostas – *sc.*, ao respectivo conteúdo –, desinteressando-se da forma que elas revestem; por outro lado, uma interpretação da norma que tenha em atenção o bem jurídico protegido não pode deixar de reconhecer que o registo da linguagem utilizada é inócuo para a liberdade e a autodeterminação sexual. Além disso, seria difícil imputar ao tipo de linguagem o perigo abstracto de cometimento de outros crimes sexuais onde os AA. fundamentam a punição desta forma de importunação (vd. nota anterior).

⁶⁸ No mesmo sentido, IDEM, *ibidem*, p. 131. Vd. também a tradução do § 208 do Relatório Explicativo da Convenção de Istambul oferecida por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, cit., p. 676 e s.: a “*formulação de propostas de teor sexual* inclui palavras ou sons exprimidos ou comunicados pelo agente, tais como piadas, questões, considerações, exprimidas oralmente ou por escrito, bem como expressões ou comunicações do agente que não envolvam palavras ou sons, como por exemplo, expressões faciais, movimentos com as mãos ou símbolos”.

sublinhar que o gesto ou a exibição da representação *tem que encerrar uma proposta* (vd. já a seguir no texto), não devendo confundir-se a (tipicamente relevante) importunação causada pela proposta com a (tipicamente irrelevante) repulsa ou desagrado perante os gestos ou a representação gráfica enquanto tais.

4.1.4. A lei é clara ao exigir a formulação de *propostas*. Em consequência, não preenchem a factualidade típica as meras conversas de cariz sexual – por exemplo, a conversa que alguém promove com outrem sobre as suas fantasias ou proezas sexuais –, porque não implicam qualquer proposta, ainda que efectivamente importunem o receptor.

Pela mesma razão, o tipo não abarca palavras, gestos ou expressões faciais que, com ou sem intuito de sedução, manifestam apreço ou admiração pelo destinatário da mensagem, em particular pelo seu aspecto físico, ou muito simplesmente desejo ou excitação sexual, de forma mais urbana⁶⁹ ou mais grosseira⁷⁰ – aquilo que já mereceu a designação de “assédio sexual nas ruas”⁷¹ – mas que não envolvem, em nenhum sentido pensável, uma *proposta*. Naturalmente, esses actos comunicativos podem integrar outros crimes – *como sempre sucedeu* – se se verificarem os respectivos elementos típicos, em particular, o crime de *Injúria*. Aliás, em muitos casos, estas expressões nada têm que ver com a sexualidade do agente ou da vítima, visando apenas ridicularizar ou rebaixar o destinatário, ofendendo a consideração que lhe é devida⁷².

Há outro género de dichotes que aparecem formalmente como propostas, mas que são apenas “propostas retóricas”, onde o suposto “proponente” solicita ou se disponibiliza para actos de natureza sexual sem qualquer expectativa razoável de aceitação pelo destinatário (como se mostra pela linguagem colorida ou ofensiva utilizada), nem qualquer constrangimento do mesmo. Trata-se, verdadeiramente, de provocações, obtendo o seu autor satisfação ou gratificação com a respectiva verbalização e consequente reacção do(a) visado(a) (e, eventualmente, com o gáudio de outros circunstantes). Ora, tampouco nestes casos pode seriamente afirmar-se que quem pede a

⁶⁹ V. g., o acto de simular um desmaio à passagem do destinatário da mensagem, ou “piropos” como “Acreditas em amor à primeira vista ou tenho que passar por aqui outra vez?”, ou o clássico “Ainda dizem que as flores não andam!”.

⁷⁰ O assobio, a emissão do som de beijos e uma vasta panóplia de dichotes, como, p. ex., “Belas pernas! A que horas abrem?”, ou “Queria que fosses uma pastilha elástica para te comer o dia todo”.

⁷¹ Vd. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, cit., p. 116.

⁷² Será o caso de chocarrices como “Gorda como estás vê-se que não suas muito”.

outra pessoa que lhe “sobre na vela”, ou se dispõe a fazer-lhe “um pijaminha de cuspe” ou a “caia-la de branco por dentro”, está a “formular *propostas* de teor sexual” (itálicos nossos). Está, quando muito, a manifestar *propósitos*, mas não a formular propostas. De novo, o que aqui estará normalmente em causa é a prática do crime de *Injúria*⁷³: mesmo quando são já portadores de certa intencionalidade (“fazia-te isto ou aquilo”, ou “faz-me isto ou aquilo”), a falta de seriedade de tais propósitos dificilmente permitirá subsumi-los aos crimes de *Ameaça* ou de (tentativa de) *Coacção sexual* (do artigo 163.º, n.º2).

Não deve ver-se nas considerações precedentes uma especiosidade semântica. Para além de serem impostas pelo princípio da legalidade, elas são corroboradas pela inocuidade daqueles propósitos para o bem jurídico protegido. Com efeito, é importante sublinhar que a circunstância de certa conduta incluir uma referência sexual não a torna imediatamente num crime sexual, *sc.*, num crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual. Basta pensar, p. ex., nas ofensas corporais graves e irreversíveis, mesmo que consentidas, no contexto de práticas sado-masoquistas, no homicídio qualificado para excitação ou satisfação do instinto sexual, ou nas ameaças ou coacção praticadas por pais contra filhos dependentes com o intuito de os impedirem de exercer a sua liberdade sexual positiva (um tipo de violência que, curiosamente, não tem merecido a preocupação das agências e entidades relevantes). Em todos estes casos, a referência sexual das condutas – que instanciam também, pelo menos nas duas últimas situações, a chamada violência de género – não as *transforma* em crimes sexuais: trata-se de crimes contra a integridade física, contra a vida e contra a liberdade (geral). Consequentemente, a autonomização do crime de *Importunação sexual*, como verdadeiro crime sexual, não se dá em virtude da eventual conotação sexual da injúria⁷⁴, mas sim, como veremos, apenas quando a formulação de propostas de teor sexual em certo ambiente constrangedor constitui uma ofensa com um sentido social diferente da *Injúria* – *porque atinge efectivamente a liberdade e a autodeterminação sexual* – e deve *por isso* ser incriminada como crime sexual.

⁷³ Para além das afrontas indicadas no texto, é injuriosa, por exemplo, a expressão “Posso pagar-te um copo ou preferes o dinheiro?”.

⁷⁴ Em sentido contrário, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, cit., p. 119, que vê a razão da diferenciação na necessidade de o *nomen iuris* reflectir a “experiência das vítimas”: “a integração do assédio sexual no crime de injúria, não nomeando o comportamento através de uma linguagem que reflita a experiência das vítimas, perpetua o silêncio”.

Podemos concluir, portanto, que aquilo que é habitualmente designado – bem ou mal – de “piropo” *nunca* preenche o tipo da importunação sexual por meio de formulação de propostas de teor sexual, independentemente do registo de linguagem (verbal ou gestual) utilizada, embora preencha o tipo do crime de *Injúria* sempre que integre uma ofensa à honra e consideração devida à vítima⁷⁵.

4.1.5. Temos por fim as propostas que efectivamente o são e que se mostram susceptíveis de importunar o destinatário: referimo-nos aos casos em que a proposta visa de facto, à luz dos padrões de comunicação socialmente aceites, a prática de actos sexuais.

(a) A análise destes casos deve começar por prestar especial atenção ao problema da *tipicidade* da conduta à luz das doutrinas do *risco permitido* e da *adequação*.

i) Há que indagar, desde logo, se a acção (isto é, a formulação de propostas de teor sexual) cria um *risco proibido* de ocorrência do resultado (a importunação).

A este propósito, notar-se-á uma diferença fundamental entre a formulação de propostas de teor sexual e os restantes segmentos típicos: vimos que a prática de actos exibicionistas e o constrangimento a contacto de natureza sexual são, *per se*, objecto de uma valoração negativa à luz dos padrões sociais e culturais dominantes. Não assim no que toca à formulação de propostas de teor sexual: na realidade, ao invés do que sucede com os actos exibicionistas e com o constrangimento a contactos sexuais, a regra é a de que, em si mesma, a formulação de propostas de teor sexual se integra na liberdade sexual positiva do emitente. Mais do que isso: sendo a prática de actos sexuais com outra pessoa a expressão paradigmática da liberdade sexual positiva, é socialmente esperado que essa prática seja antecedida de propostas ou convites que tenham tal finalidade. Pode até dizer-se, em certo sentido, que a ausência de propostas de teor sexual numa situação em que são efectivamente praticados actos dessa natureza é, ela sim, suspeita, por

⁷⁵ Neste preciso sentido, vd. o *Parecer* da Associação Sindical de Juizes Portugueses (ASJP), proferido no âmbito do processo de audições do *Grupo de Trabalho – Implicações Legislativas da Convenção de Istambul*, p. 19, nota 11, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=98124>: “um ‘piropo’, verbal ou por gestos, poderá ser ofensivo da honra e consideração, ou pelo contrário, não ter dignidade penal”.

indiciar eventual violência. Quer dizer: a proposta que tenha por finalidade a prática de actos sexuais⁷⁶ é, enquanto tal, o modo normal, ainda que vestibular, do exercício da liberdade sexual positiva. Nas palavras exactas de Costa Andrade, “se não se reclama que o direito penal se comprometa na promoção activa da [liberdade sexual positiva], já se espera que ele não se constitua em motivo autónomo do seu sacrifício. O que postula [...] a contenção necessária para obviar ao perigo da criação, interpretação e aplicação de incriminações que, ao pretenderem maximizar, pela via negativa, a tutela do bem jurídico, acabam por impor limitações ou sacrifícios particularmente drásticos na sua vertente positiva [...]. Para, noutros termos, se fugir ao paradoxo de, em nome da protecção da liberdade de uma pessoa concreta, acabar por se sacrificar essa mesma liberdade”⁷⁷.

Assim, e a título de exemplo, o convite para manter relações sexuais endereçado a uma pessoa desconhecida não é relevante, *só por si*, para o tipo da *Importunação sexual*, porque não existe um direito a não receber propostas sexuais simplesmente indesejadas. Daqui decorre, p. ex., que a solicitação para a prática de actos sexuais levada a cabo por um(a) prostituto(a) não constitui uma acção tipicamente relevante – embora se trate da formulação de uma proposta de teor sexual, que pode efectivamente importunar o destinatário.

Isto não significa, naturalmente, que certas propostas sexuais não possam integrar – de novo – um crime de *Injúrias*, se forem feitas em circunstâncias que ofendam a consideração devida ao destinatário, v. g., atendendo à linguagem utilizada ou à publicidade com que são formuladas. A este propósito, importa notar que tanto a “proposta retórica” como a proposta que verdadeiramente o é podem constituir um crime de *Injúrias* (p. ex., a oferta de dinheiro para comércio carnal).

Por maioria de razão, não preenchem o tipo da *Importunação sexual* as propostas de teor sexual formuladas no desenvolvimento de conversas mantidas em acontecimentos sociais (festas, encontros fortuitos em lugares de diversão, etc.), ainda que tais eventos não sejam especificamente dedicados a promover encontros de tipo sexual.

⁷⁶ Só a proposta que tenha por conteúdo a prática de actos sexuais *de relevo* pode integrar o tipo de ilícito: sobre esta delimitação, vd. *infra*.

⁷⁷ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991, p. 395; no mesmo sentido, com muito interesse, MARIA DO CARMO SILVA DIAS, *Crimes Sexuais com Adolescentes. Particularidades dos Artigos 174 e 175 do Código Penal Português*, Almedina, 2006, p. 210 e s.

ii) A solução não se altera se, em concreto, a conduta vier *efectivamente* a importunar o destinatário, ainda que esse resultado seja previsível: a acção continua a ser atípica, pois continua a integrar-se no âmbito do risco permitido, não se suscitando sequer o problema da adequação / imputação do resultado⁷⁸.

Pense-se, por exemplo, no seguinte caso: *A* mantém uma relação de namoro de alguns anos com *B* e sabe que *B* é extremamente conservador em matéria sexual, não desejando ter contactos desse género antes do casamento. Porém, certo dia, *A* tenta convencer *B* a manterem relações sexuais, facto que horroriza *B*, conduzindo até à ruptura da relação. Ainda que a importunação de *B* fosse previsível (atendendo ao particular conhecimento que *A* tinha sobre a situação), não se pode deixar de integrar estes casos no âmbito do risco permitido, excluindo a tipicidade da conduta, precisamente porque se trata aqui do exercício legítimo da mesma liberdade sexual (neste caso, na sua dimensão positiva) que a lei penal diz querer proteger. Outra leitura implicaria a inconstitucionalidade da incriminação, por restringir desproporcionalmente a liberdade sexual das pessoas.

(b) De quanto fica dito decorre que é necessário verificarem-se *circunstâncias específicas* que tornem a formulação de propostas de teor sexual inapropriada, subtraindo-a ao âmbito da liberdade sexual positiva do emitente e fazendo-a penetrar, desse modo, na zona do risco proibido.

Vimos que a liberdade sexual (negativa) não inclui o direito de pura e simplesmente não se ser destinatário de propostas de teor sexual indesejadas. Mas as coisas passam-se de modo diferente quando tais propostas são formuladas com *abuso* da situação de proximidade que as ensejou e, portanto, com *abuso* da liberdade sexual positiva do proponente. Quando uma pessoa entra em contacto com outra em virtude de uma relação profissional, laboral ou familiar, tem uma pretensão legítima de não ser sexualizada nesse contexto, porque os *papéis* aí desempenhados não só não incluem, como comportamento socialmente esperado, a formulação de propostas

⁷⁸ Neste sentido, louvando-se em Frisch, cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal. Contributo para uma Protecção Penal de Interesses do Consumidor*, Coimbra Editora, 2014, p. 492 e s.

desse teor, como tendem a excluí-la⁷⁹. A importunação sexual resulta também da circunstância de esses papéis sociais em que o agente e a vítima interagem impedirem a última de reagir à proposta com inteira liberdade, da forma que entende e lhe parece adequada. Com efeito, a inconveniência ou inoportunidade de recusar com veemência ou mesmo agressividade a proposta recebida pode transmitir uma imagem de timidez, passividade ou até receptividade no que diz respeito a propostas desse teor, imagem em que a vítima se não revê e que pode perturbar negativamente a sua própria sexualidade⁸⁰.

Por outras palavras, são as circunstâncias específicas do contexto que emprestam à formulação de propostas sexuais a coloração negativa, idónea a causar a importunação, que de outro modo lhe faltaria. Nesta leitura, o campo de aplicação da incriminação vertente coincidirá, na sua maior parte, com um acto vestibular do constrangimento sexual punido pelo artigo 163.º, n.º 2 (sobretudo com a formidável ampliação dada ao tipo com a mesma Lei n.º 83/2015): sempre que a proposta consubstanciar ou integrar uma acção de constrangimento relevante para os efeitos daquele artigo (chantagem, ameaça não grave, etc...), haverá provavelmente uma tentativa punível de *Coacção sexual*, que afasta, como norma primária, a (subsidiária e menos punida) *Importunação sexual*.

Desta forma, a importunação através da formulação de propostas de teor sexual só ganha verdadeira *autonomia* nos casos em que não representa nem é acompanhada de acções de constrangimento da vítima *por parte do agente*, devendo-se o constrangimento ao contexto social da conduta. Caso paradigmático será o do/a cliente que, num restaurante ou num hotel, formula propostas de teor sexual ao/à funcionário/a que o/a atende.

⁷⁹ Vd. p. ex., a proibição (?) do assédio sexual levada a cabo pelo artigo 29.º do Código do Trabalho. A *latere*, diga-se que se trata de uma norma estranha, pois o seu n.º 4 qualifica como contraordenação muito grave “a violação do disposto neste artigo”, sendo certo, todavia, que a única *disposição* contida no dito artigo é a obrigação de indemnização resultante do assédio (por remissão do n.º 3 para o artigo 28.º). No mais, o artigo 29.º não contém propriamente *disposições* (comandos), mas sim *definições* de assédio (incluindo o assédio sexual).

⁸⁰ Isto não significa que exista uma proibição absoluta de formular propostas de teor sexual em contextos onde elas não são, em princípio, esperáveis: basta que elas não importunem o destinatário para que o tipo não se preencha. Porém, ao contrário do que sucede nos contextos em que a formulação de propostas sexuais constitui uma expressão da liberdade sexual positiva, o risco (proibido) de produção do resultado corre aqui por conta do agente (embora a responsabilidade possa vir a ser excluída, num outro nível, por erro relevante sobre a factualidade típica, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, do CP).

(c) Um outro leque de situações possivelmente cobertas pela norma são aquelas em que o destinatário das propostas tem idade entre os 14 e os 16 anos⁸¹. Atendendo a que a liberdade sexual positiva dos adolescentes pertencentes a esta faixa etária é condicionada pela sua “(in)experiência”, é razoável sustentar que as propostas de teor sexual que lhes sejam dirigidas não estão cobertas, via de regra, pela liberdade sexual positiva do emitente, ao menos quando este seja maior de 18 anos. Além disso – dependendo sempre das circunstâncias do caso e, em particular, da idade do agente –, a idade do destinatário pode constituir um específico factor de previsibilidade da importunação causada pela proposta de teor sexual (o que não significa, naturalmente, presumir que, nestes casos, existe *sempre* importunação: trata-se de um facto que, tal como os restantes elementos típicos, carece de ser provado).

(d) Poderia ainda aventar-se, como campo de aplicação autónomo da nova incriminação, a formulação de propostas para actos sexuais *que não sejam de relevo* (conduta que, mesmo acompanhada do constrangimento da vítima, não pode, por definição, constituir uma tentativa do crime punido pelo n.º 2 do artigo 163.º), ou, até, propostas de teor sexual que não digam respeito a actos sexuais propriamente ditos (p. ex., o convite para visualizar imagens ou filmes pornográficos). Antecipando já a nossa opinião no sentido de rejeitar este entendimento, permitimo-nos remeter o tratamento mais pormenorizado do assunto para o ponto 4.3.1., *infra*.

4.1.6. Podemos assim concluir que a importunação sexual por meio da formulação de propostas de teor sexual só é punível, como crime autónomo, nos termos do artigo 170.º, quando: (i) se esteja perante uma verdadeira *proposta* de prática de actos sexuais de relevo; (ii) a proposta efectivamente *importune* o/a destinatário/a; (iii) a proposta não esteja coberta pela liberdade sexual positiva do/a emitente (risco permitido), porque existe uma pretensão legítima do/a destinatário/a de não ser sexualizado/a naquele concreto contexto de interacção social; (iv) a

⁸¹ Relativamente ao regime aplicável aos menores de 14 anos, vd. *supra*, 3.1.2. No texto, aludimos ao limite superior dos 16 anos em paralelo com o que parece ser, na actual lei penal, a idade mínima para o exercício da liberdade sexual positiva, exceptuados todavia certos casos contados, onde se protege o menor contra um constrangimento presumido (o lenocínio e a manutenção de relações sexuais com pessoas de quem o menor depende) ou, em incriminações de legitimidade duvidosa, bens jurídicos supra-individuais (o exercício da prostituição e a participação na produção de materiais pornográficos).

proposta seja adequada, em geral e em abstracto, a causar essa importunação; (v) e a conduta não deva dar lugar a uma pena (concretamente) mais grave (subsidiariedade).

4.2. A congruência da leitura proposta com a Convenção de Istambul

4.2.1. Recorde-se que a criminalização da *Importunação sexual* por meio da formulação de propostas de teor sexual resultou de projectos legislativos que visavam cumprir as obrigações decorrentes do artigo 40.º da *Convenção de Istambul*, nos termos do qual “as Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que qualquer tipo de comportamento indesejado de natureza sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o intuito ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo, seja passível de sanções penais ou outras sanções legais”. Importa então ver se a leitura do artigo 170.º que aqui propomos é compatível com esse desiderato.

Em primeiro lugar, é inquestionável que este instrumento internacional não impõe nem uma obrigação de *criminalização* de comportamentos (“... sanções penais ou outras sanções legais”), nem, por maioria de razão, uma obrigação de considerar os comportamentos aí descritos como crimes *especificamente* sexuais. A Convenção impõe apenas que os Estados adoptem medidas (“legislativas ou outras”, onde se inclui, por exemplo, a aplicação eficaz de legislação já existente) necessárias para assegurar a repressão de comportamentos indesejados de natureza sexual guiados por uma particular intenção ou que produzam um particular efeito: violar a dignidade de uma pessoa. Dada a abertura e indeterminação da noção de “dignidade” – que por isso a impede de constituir um bem jurídico *a se* –, a conduta proibida, ainda que de natureza sexual, não atinge necessariamente a liberdade e a autodeterminação sexual. Por outras palavras, o conteúdo sexual da conduta – e, em particular, da formulação de propostas de teor sexual – não atinge necessariamente o bem jurídico protegido pelos crimes sexuais, da mesma forma que a ameaça que tem por conteúdo a prática de um crime sexual não é um crime contra a liberdade sexual, mas sim um crime contra a liberdade geral (como se torna evidente pela simples leitura do tipo contido no artigo 153.º do CP). Aliás, parece de meridiana clareza que a noção de “dignidade”

se encontra muito mais próxima dos bens jurídicos da honra e da consideração devida do que da liberdade e da autodeterminação sexual.

Nem se diga que esta leitura não “tem em conta o género”, por aí violando a obrigação de “*gendered understanding*” das disposições da Convenção decorrente do n.º 3 do seu artigo 18.º. Ao contrário, a lesão da dignidade da pessoa através de comportamentos de natureza sexual, em particular quando se trata da formulação de propostas de teor sexual, é já uma construção ostensivamente baseada no género, dada a evidente prevalência do sexo feminino no universo dos destinatários da conduta proibida e a sua especial posição de vulnerabilidade perante a mesma⁸². Isto sem prejuízo, naturalmente, da possibilidade de vitimização de pessoas do sexo masculino que se encontrem numa posição de vulnerabilidade análoga, como aliás a própria Convenção admite⁸³.

4.2.2. Afastada a ideia errónea de que a Convenção de Istambul impõe a *criminalização* da importunação sexual por meio da formulação de propostas de teor sexual, e, por maioria de razão, a pretensa imposição de que as condutas descritas no artigo 40.º da Convenção integrem um crime sexual (sujeito ao regime que em geral vale para as infracções desta natureza), importa agora verificar se os elementos constantes da Convenção e do *Explanatory Report* convergem positivamente no sentido da leitura que fomos desenhando da lei portuguesa.

Convém começar por notar que o já referido artigo 40.º da Convenção tem por epígrafe *Assédio sexual (Sexual harassment)*, expressão que não aponta certamente para uma realidade mais ampla do que a portuguesa *Importunação sexual*. Depois, é crucial atentar no último comentário do *Explanatory Report* àquela norma:

“[Article 40] is intended to capture a pattern of behaviour whose individual elements, if taken on their own, may not necessarily result in a sanction. Typically, the above acts are carried out in a context of abuse of power, promise of reward or threat of reprisal. In most cases, victim and perpetrator know each other and their relationship is often characterised by differences in hierarchy and power. The scope of

⁸² Vd. *Council of Europe Treaty Series - No. 210 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Istanbul, 11.V.2011, p. 8, § 44.

⁸³ Cf. o artigo 18.º, n.º 3, último travessão, da Convenção; e o *Explanatory Report*, p. 5 e s., § 27.

*application of this article is not limited to the field of employment. However, it should be noted that the requirements for liability can differ depending on the specific situation in which the conduct takes place*⁸⁴.

Ou seja: o cenário típico que a Convenção tem ante os olhos não poderia ser mais diferente, nas suas notas essenciais, do “piropo” / “assédio nas ruas”: existência de um contexto de abuso de poder, promessa de recompensa ou ameaça de represália (normalmente ligado ao campo laboral, ainda que não esteja por ele limitado), sendo que a vítima e o agente usualmente se conhecem e têm uma relação assimétrica no plano da hierarquia e do poder.

É precisamente por força desse contexto de poder assimétrico – devidamente assinalado *supra*, 4.1.5., (b) e (c) – que se compreende a afirmação do *Explanatory Report* segundo a qual “conduct must be unwanted on the part of the victim, meaning imposed by the perpetrator”⁸⁵. Se transpusermos este requisito para a formulação de propostas de teor sexual, compreendemos que a conduta só é “imposta” precisamente em função do constrangimento resultante, não da actuação do agente, mas da relação assimétrica de poder que a enquadra. É também esse contexto que permite afirmar uma violação da “dignidade” da vítima *no campo sexual* – sc., da sua liberdade e autodeterminação sexual –, pois só então a conduta cria, como efeito normal (embora não necessário), “an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment”.

É claro que fora deste *cenário típico* de assédio sexual existem condutas abrangidas pelo artigo 40.º que, como a própria Convenção admite, são ainda passíveis de atingir a “dignidade” da vítima e que devem por isso ser sancionadas pelos Estados – *mas não como crimes sexuais*, por não estarem presentes os elementos que verdadeiramente ofendem a liberdade e a autodeterminação sexual. Nesses casos, haverá que recorrer à protecção da honra e da consideração devida, como expressões da “dignidade” afectada por comportamentos de natureza sexual.

⁸⁴ *Explanatory Report*, p. 36, § 208 e s. (itálicos nossos). No mesmo sentido, pondera PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, cit., p. 642: “[o artigo 40.º da Convenção de Istambul] visa [um] modelo de comportamento cujos elementos individuais, se tomados isoladamente, podem não ser puníveis. Tipicamente, estas condutas têm lugar no contexto de abuso de poder, promessa de recompensa, ameaça de represália”.

⁸⁵ *Explanatory Report*, p. 35, § 208 (itálicos nossos).

4.3. A conformidade jurídico-constitucional da incriminação

Põe-se também a questão de saber se, na leitura que propomos, este segmento normativo respeita os princípios da necessidade e da proporcionalidade ínsitos no artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

4.3.1. Há desde logo um primeiro afeição interpretativo, relativamente ao *conteúdo* das propostas de teor sexual, que o respeito pela Constituição parece tornar obrigatório.

Como dissemos, a expressão literal da norma abrange *qualquer* proposta de teor sexual, incluindo propostas para actos sexuais que não podem qualificar-se como sendo de relevo ou mesmo propostas de teor sexual que não envolvem actos sexuais. Ora, ainda que se atribua dignidade penal – como vimos supra, 3.2.2., erroneamente – à importunação de outrem por meio de constrangimento a contacto físico que *não* se traduza num acto sexual de relevo, há que reconhecer que tal juízo não vale para propostas que visem actos sem relevo ou que não se refiram sequer a actos, porque esse tipo de *comunicação* não é idóneo a causar uma perturbação da liberdade e da autodeterminação sexual digna de reacção penal. De novo, não deve confundir-se a importunação sexual com a ofensa ao pudor alheio (ou, quando aplicável, com a injúria). Assim, a leitura da norma que dê relevância típica à formulação de propostas de teor sexual que não visem actos sexuais de relevo esbarra com os princípios da proporcionalidade e da necessidade de intervenção penal (por falta de dignidade penal da conduta punível) contidos no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, e não é, por isso, constitucionalmente válida. Conclusão que, aliás, não tem grande significado prático, porquanto a esmagadora maioria deste tipo de propostas têm por fim, como é evidente, a prática de actos sexuais de relevo.

4.3.2. Em segundo lugar, há que determinar se a nova incriminação, mesmo na leitura que fomos afinando, é compatível com os princípios da necessidade e da proporcionalidade da lei penal⁸⁶, sobretudo depois de nos acolhermos à doutrina segundo a qual o constrangimento a

⁸⁶ Em sentido decididamente afirmativo, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, cit., p. 116 e ss., mas invocando argumentos que não podemos acompanhar: (i) desde logo, a dignidade penal do bem jurídico não implica necessariamente, como vimos, a dignidade penal de todas as *condutas* que o atingem; (ii) depois, porque também não basta dizer-se que “a dimensão da necessidade e da eficácia penal está também presente na criminalização do assédio, pois a punição de comportamentos banalizados pelos costumes é suscetível de inibir os sujeitos de os praticar, tanto mais que o assediador é um indivíduo de qualquer estrato social ou profissão, e que, em regra, tem conhecimentos e

contacto de natureza sexual que não implique um acto sexual de relevo não é uma ofensa digna de pena. Com efeito, poderia argumentar-se aqui, *a maiori ad minus*, que os motivos da invalidade constitucional deste segmento, que propugnámos, se aplicam, por maioria de razão, a condutas que *nem sequer* envolvem um contacto físico.

Porém, em nossa opinião, a ocorrência de um contacto físico (sem relevo) não é necessariamente mais grave do que outras condutas de natureza sexual: a liberdade e a autodeterminação sexuais projectam-se também em outras esferas, como vimos com a importunação por meio de actos exibicionistas. Só uma concepção crassamente corporal da sexualidade levaria a negar a relevância, para aqueles bens jurídicos – sublinhamos: *para aqueles específicos bens jurídicos*, não para a honra, nem para a liberdade geral –, de condutas susceptíveis de afectar a capacidade de estruturar, em exercício de autodeterminação, a própria sexualidade.

Sem embargo, reconhecemos que a lesão do bem jurídico protegido causada por esta espécie de importunação sexual, apesar do desenho exigente que lhe fomos dando, ainda se encontra próxima do limiar da dignidade penal – embora talvez já transponha essa barreira, à semelhança do que sucede com a importunação por actos exibicionistas. Será este, possivelmente, um dos casos em que o Tribunal Constitucional atribui uma “margem de liberdade” ao legislador (não se pretendendo com isto coonestar tal doutrina, cuja análise não cabe nos limites deste artigo). De todo o modo, não repugnaria que a validade constitucional da nova incriminação devesse passar por uma exigência adicional de repetição ou reiteração das propostas, aliás ínsita no significado comum de “assédio”, que não só intensifica a lesão do bem jurídico, como também torna mais clara, no plano probatório, a verificação da importunação e do dolo de importunar (vantagem que, não devendo ditar a composição do tipo de ilícito, não deixa de ser uma vantagem).

capacidade para se comportar de forma racional e para se orientar pelo cumprimento das normas, o que fará, se souber que será sancionado. A criminalização do assédio sexual terá, portanto, um forte valor preventivo e simbólico, sobretudo se em conjugação com políticas sociais e de educação” (p. 177 e s.): a susceptibilidade de inibir comportamentos através do direito penal é um *dado* (ou, em rigor, uma *assunção*), não é um *critério* que permita ajuizar, em certa instância, da (des)necessidade de intervenção penal; (iii) e, por último, já não existem hoje as lacunas de punibilidade que a A. tinha ante os olhos em virtude da restrição dos meios de execução da coacção sexual e da não punibilidade da tentativa então vigentes.

4.4. Conclusão intermédia

Ao invés daquilo que a comunicação social se apressou a anunciar⁸⁷, a importunação sexual por meio da formulação de propostas de teor sexual não cobre os fenómenos para que aparentemente foi desenhada (a expressão, objectivamente ofensiva, de *propósitos* sexuais), que continuarão a ser eventualmente puníveis – como dantes – a título de injúrias, nem aqueles que se diriam incluídos na sua pura literalidade (as genuínas propostas de cariz sexual, quando tenham por efeito importunar o destinatário), mas apenas – e só quando não deva ser punida como tentativa de outros crimes sexuais – *a formulação de propostas de teor sexual que efectivamente importunam o destinatário por força do contexto de constrangimento em que este se encontra e de que o agente se aproveita*. Só esta conduta exorbita do âmbito da liberdade sexual positiva do emitente, tornando também previsível a importunação do destinatário, que tem uma legítima pretensão de não ser sexualizado nesse contexto. Na realidade, a nova incriminação, não obstante a redacção equívoca da norma, tem por exclusivo campo de aplicação os casos de assédio sexual (ainda que não limitado ao domínio laboral) em que o constrangimento da vítima não é directamente imputável ao agente, que todavia tira partido da situação, importunando a vítima.

III. O ordenamento jurídico da RAEM

1. Breve enquadramento

Até à entrada em vigor do actual Código Penal (CPM), em 1 de Janeiro de 1996⁸⁸, vigorou em Macau o Código Penal Português de 1886, que mostrava já sérios problemas de adequação à realidade macaense. Com efeito, logo em 1983 (*sc.*, um ano após a promulgação do CP de 1982 em Portugal), “foi constituída uma Comissão com o intuito de estudar a reforma penal de Macau, uma vez que aquele Código já não se adequava às necessidades e exigências do

⁸⁷ Na sua edição de 28-12-2015, o jornal *Expresso* afirmava que “Piropos e propostas sexuais já dão pena de prisão até três anos”, escrevendo-se depois: “Sabia que os piropos que ouve na rua já podem dar pena de prisão? Provavelmente não, uma vez que a alteração foi pouco noticiada, mas o que é certo é que em agosto as ‘propostas sexuais’ não desejadas passaram a ter uma pena prisão de até três anos, na sequência de uma proposta da então maioria parlamentar composta por PSD e CDS”; manchete similar encontrava-se na edição do *Diário de Notícias* de 28-12-2015.

⁸⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 58/95/M, de 14 de Novembro.

Território”⁸⁹. Em consequência, o CP de 1982 nunca chegou a ser aplicado em Macau: o Código de 1886 foi substituído pelo CPM que, note-se, é muito próximo do CP, na versão de 1995.

A vertigem legislativa que tem afectado o ordenamento jurídico-penal português e que começa a suscitar reservas em vários quadrantes⁹⁰ não atingiu ainda o ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), onde o legislador se tem pautado por uma actuação bastante mais parcimoniosa, quer na modificação dos diplomas existentes, quer na introdução de novos diplomas. Apesar de o CPM ter sofrido ligeiras modificações após a sua aprovação em 1996, nenhuma delas interferiu com o regime dos crimes sexuais, que permanece o mesmo desde então.

Presentemente, encontra-se em curso um procedimento legislativo destinado a introduzir a primeira alteração directa e significativa do CPM, que visa o capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

2. A ausência de um tipo específico de importunação sexual

Se compulsarmos os crimes sexuais previstos no Capítulo V do Título I do Livro II do CPM, sob a epígrafe “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais”, nenhuma disposição encontramos que se refira expressamente à importunação sexual.

Por outro lado, uma análise mais detida de cada um dos artigos em causa mostra que, independentemente das expressões utilizadas, nenhum tipo legal de crime tem um âmbito ou configuração semelhante ao crime de *Importunação sexual* previsto no ordenamento jurídico português.

⁸⁹ JOÃO VIEIRA GUEDES, “Contributo para uma história do direito penal e processual penal e das instituições de administração de justiça de Macau”, in Pedro Pereira de Sena e José Miguel Figueiredo (coord.), *Estudos Comemorativos dos XX anos do Código Penal e do Código de Processo Penal de Macau*, Fundação Rui Cunha, 2016 (no prelo).

⁹⁰ Vd., p. ex., o *Parecer* da ASJP já mencionado *supra* (nota 16), p. 2, precisamente a propósito da matéria vertente: “este tipo de alterações implica sempre alguma destabilização, não só em matéria de aplicação de lei no tempo, mas também no que respeita à necessidade de sedimentação interpretativa das novas soluções e à sua efetiva integração no conjunto mais vasto do universo temático onde se inserem. É necessário ponderar se os ganhos que se pretendem obter com alterações pontuais superam os prejuízos decorrentes da instabilidade inicial que provocam, não sendo de mais destacar ainda a importância que o rigor e ponderação na atividade legislativa assumem na prevenção de novas e sucessivas alterações”.

O mais próximo que encontramos é o crime de *Actos exhibicionistas*, previsto no artigo 165.º do CPM⁹¹, cuja definição típica é praticamente igual ao crime de *Actos exhibicionistas* constante da versão do CP de 1995 e que apresenta exactamente a mesma moldura penal. A única diferença entre as duas normas não é relevante: a norma do CPM refere-se a “actos exhibicionistas de carácter sexual”, ao passo que a norma portuguesa mencionava “actos de carácter exhibicionista”.

Isto significa, portanto, que a importunação mediante contactos de natureza sexual e a importunação mediante a formulação de propostas de teor sexual não são puníveis pelo CPM actualmente em vigor.

3. O crime de *Actos exhibicionistas*

3.1. O bem jurídico protegido

Tal como no ordenamento jurídico português, também na RAEM os bens jurídicos protegidos em matéria de crimes sexuais são a *liberdade e a autodeterminação sexuais*. Assim, o crime de actos exhibicionistas, apesar de se encontrar inserido numa secção que tem por epígrafe “Crimes contra a liberdade sexual”, não deixa de tutelar a autodeterminação sexual. Corroborando o que se disse a propósito do direito português, também vale para a RAEM a ideia de que “seja qual for das apontadas Secções, sempre estará em causa a liberdade e a autodeterminação sexuais do sujeito passivo”⁹².

3.2. Modalidades de acção

Como vimos a propósito do crime de importunação sexual no ordenamento jurídico português, na parte relativa à prática de actos exhibicionistas, também aqui importa realçar que a conduta típica se decompõe em dois elementos (prática de acto exhibicionista perante outrem e

⁹¹ Artigo 165.º (Actos exhibicionistas) – “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela actos exhibicionistas de carácter sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”.

⁹² MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau*, Volume III, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2014, p. 323.

importunação da vítima), aplicando-se portanto as considerações que tecemos sobre a interpretação do direito português homólogo⁹³.

4. A revisão dos crimes sexuais em curso

4.1. Encontra-se actualmente em curso na RAEM um procedimento legislativo tendente a rever o capítulo dos crimes sexuais. No momento em que finalizamos este texto, aguarda-se que o Governo apresente um relatório sobre a consulta pública realizada entre os dias 23 de Dezembro de 2015 e 22 de Fevereiro de 2016; seguir-se-á a elaboração da proposta de lei, e, depois de auscultado o Conselho Executivo, a respectiva submissão para discussão e votação na Assembleia Legislativa.

O Governo manifestou já a intenção de incluir na revisão a criação de “um novo crime, intitulado «importunação sexual», que responsabiliza penalmente o agente que fizer com que outra pessoa sofra ou realize, contra a sua vontade, consigo ou com outrem contacto físico de natureza sexual”⁹⁴.

Deste modo, parece pretender-se que o “novo crime” seja autónomo relativamente ao crime de *Actos exhibicionistas*, embora fique subordinado, tal como este, à exigência da importunação. A ser assim, o CPM passará a contar com dois crimes de importunação sexual, que se distinguem apenas pelo modo de execução.

4.2. Ao analisarmos o direito português, sustentámos que, apesar da pronúncia do Tribunal Constitucional – onde não se chegou verdadeiramente a apreciar o problema⁹⁵ –, a criminalização da importunação sexual por meio de contactos de natureza sexual não parece ser compatível com o princípio da necessidade de intervenção penal acolhido na CRP.

⁹³ Vd. também ID., *ibidem*, p. 377 e s., que, tal como nós, parece não cingir o acto exhibicionista à exposição dos órgãos sexuais masculinos (o acto de carácter exhibicionista traduz-se “na prática directa de actos relacionados com o sexo”, ou seja, “actos que envolvam, de alguma forma, os órgãos sexuais do agente ou de terceiro”).

⁹⁴ Documento de Consulta para a “Revisão do Código Penal – Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais”, publicado pela (extinta) Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional e pelo Conselho Consultivo da Reforma Jurídica, em Dezembro de 2015, disponível em http://portal.gov.mo/portal-frontend/loadfile?id=/20151228_111301_188, p. 17.

⁹⁵ Vd. de novo ANABELA MIRANDA RODRIGUES (como na nota 60), p. 439 e ss.

Contudo, se é certo que os princípios da necessidade e da proporcionalidade da lei penal também vinculam o legislador da RAEM⁹⁶, o juízo sobre a *dignidade penal de uma conduta e o concomitante relevo da ofensa que causa ao bem jurídico* não pode desligar-se do respectivo ambiente sócio-cultural: trata-se sempre de uma valoração que tem por substrato a cultura e as representações sociais da comunidade política e que é tanto mais contingente quanto a matéria em causa for impregnada pelos costumes e tradições locais – como sucede, sem surpresa, com os crimes sexuais. Na verdade, mesmo entre países culturalmente próximos (e até politicamente unidos: basta olhar para a situação na União Europeia) existem diferenças assinaláveis neste domínio, não só em relação às incriminações mais controversas, que vivem nas margens do punível (v. g., o incesto), como também em relação à definição dos crimes sexuais mais importantes (v. g., no que diz respeito ao sexo da vítima e aos meios relevantes para o crime de violação).

Assim, não obstante a matriz portuguesa do CPM e a vigência daqueles princípios no ordenamento jurídico-penal da RAEM, as soluções que valem para o direito português, constituindo embora um importante referente para a construção e exegese do direito macaense, não podem ser aí aplicadas sem um exercício de mediação e localização – precisamente por se tratar de sociedades diferentes⁹⁷.

⁹⁶ Sobre o princípio da necessidade e outros princípios que enformam o ordenamento jurídico-penal da RAEM: “o Código consagra importantes disposições de política criminal, das quais decorrem consequências práticas de grande valor. [...] A primeira, prevista no artº 40º, nº 1, dá-nos a verdadeira função do direito penal, qual seja, a da tutela subsidiária de bens jurídicos. Decorre desta proposição que o direito penal só deverá ser chamado a intervir quando forem lesados bens jurídicos, pessoais ou da comunidade, com dignidade penal (princípio do bem jurídico), afastando-se, desta forma, a sua intervenção para defender ou impor uma qualquer ideologia ou moral (princípio da intervenção mínima). [...] Por outro lado, a sua intervenção deverá ser necessária, isto é, os instrumentos de direito penal intervirão como *[u]ltima ratio* da política social, apenas quando a sociedade não possua, com igual eficácia, outros meios menos gravosos de protecção dos bens jurídicos (princípio da necessidade e princípio da intervenção subsidiária)” – CARMEN RODRIGUES, “Breve apresentação do Código Penal de Macau”, in *Repertório do Direito de Macau*, Versão Portuguesa, Universidade de Macau – Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito, Macau, 2007, p. 215 e s.

⁹⁷ Uma das críticas que por vezes se dirige ao regime penal da RAEM é o encontrar-se algo desfasado da realidade local; sobre isto, vd. PEDRO PEREIRA DE SENA / JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, “Comemoração dos XX anos do Código Penal e do Código de Processo Penal de Macau: os desafios da maturidade”, in Pedro Pereira de Sena e José Miguel Figueiredo (coord.), *Estudos Comemorativos dos XX anos do Código Penal e do Código de Processo Penal de Macau*, Fundação Rui Cunha, 2016 (no prelo): “O regime jurídico-penal de Macau é assumidamente um direito de matriz europeia, inserido na família de direito romano-germânico, que tem como fonte imediata o direito português. Com estas características, e por causa delas, ele é por vezes percebido como um produto importado, desfasado das características da sociedade que visa regular, conflituante com as tradições asiáticas, nomeadamente chinesas, e um corpo estranho face aos ordenamentos jurídicos vizinhos. [...] Neste contexto, há quem defenda que não se trata de um direito *de* Macau, mas antes um caso de «transplante jurídico», onde as normas jurídicas são

Não se conhece ainda o desenho do tipo de crime que poderá vir ser introduzido no CPM, nem a forma como o legislador macaense lidará com o problema da criminalização de condutas que, em qualquer caso, se encontram reconhecidamente próximas do limite mínimo da dignidade penal. De todo o modo, há factores de índole cultural que podem influenciar o juízo sobre a dignidade penal da importunação por meio de constrangimento a contacto sexual, como seja, p. ex., a (maior) importância atribuída pela comunidade macaense aos actos com conotação sexual, mesmo quando não integrem actos sexuais “de relevo”. Consequentemente, não deve excluir-se, sem mais, que o *âmbito de protecção* do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual na RAEM possa ser mais amplo do que no ordenamento jurídico português, nomeadamente no que diz respeito à importunação sexual por meio de contactos de natureza sexual.

IV. Conclusão

1. O movimento de revisão dos crimes sexuais iniciado em Portugal em 1995 e acompanhado pelo CPM, ao ancorar a protecção penal em bens jurídicos pessoais e não em concepções sociais de moralidade sexual ou nos “costumes”, constituiu uma importante dimensão da emancipação dos direitos fundamentais em matéria sexual: numa vertente negativa, tornou claro que o direito penal não tem legitimidade para impor esta ou aquela concepção social de pudor ou de moralidade sexual; numa vertente positiva, ao erigir a liberdade e a autodeterminação sexual em bens jurídicos protegidos pelos crimes sexuais, garantiu, concomitantemente, uma maior protecção dos direitos fundamentais homólogos pelo Estado. Do mesmo passo, foi-se estabelecendo uma protecção diferencial orientada já pelo género e pela idade, tendo em atenção a prevalência da vitimização das mulheres neste domínio, bem como as especiais necessidades postas pelo livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual de crianças e adolescentes e a respectiva vulnerabilidade.

2. Sucede com alguma frequência que movimentos de neo-criminalização político-criminalmente fundados sejam *sequestrados* por corporações e grupos de interesses, que

retiradas do ambiente social original e enxertadas numa realidade alheia. Há, assim, quem não se reveja no regime jurídico-penal vigente e clame pela sua alteração, aproximando-se porventura de outros ordenamentos geográfica e culturalmente mais próximos”.

pretendem instrumentalizar o direito penal na promoção das “causas” que (legitimamente) apoiam. A “causa” e a sua putativa justeza tomam rapidamente o lugar do método e da razão e conduzem à desvirtuação do discurso criminalizador – umas vezes, agitando as necessidades de protecção de pseudo-bens jurídicos (como, p. ex., a “transparência patrimonial” dos cidadãos); outras vezes, desnaturando bens jurídicos dignos de protecção com a adição de dimensões espúrias (como, p. ex., o forçamento, na liberdade e autodeterminação sexual, da “integridade psicológica”, do “direito a existir”, da “integridade pessoal”, dos “direitos laborais”, dos “direitos humanos das mulheres à liberdade, à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade” e até da “construção de uma sociedade baseada na igualdade de género”⁹⁸); outras vezes, ainda, expandindo de forma inadequada a área de tutela de um bem jurídico em si mesmo digno de protecção (como tem vindo a suceder, precisamente, em matéria de crimes sexuais, com a criminalização do auxílio à prostituição sem exploração da vítima, da chamada “pedopornografia virtual” e do aliciamento de menores – incluindo maiores de 16 anos, capazes de consentimento – para fins sexuais “por meio de tecnologias de informação e comunicação”). Especificamente no que a estes crimes diz respeito, é notório como a prática legislativa tem ido em sentido contrário às posições doutrinárias dominantes; de forma paradoxal, parece assistir-se a um progressivo ainda que envergonhado regresso à protecção dos sentimentos gerais de moralidade sexual, independentemente de as condutas em causa afectarem ou não bens jurídicos pessoais.

É certo que uma boa parte destes sequestros nasce nas instâncias internacionais (nomeadamente, em convenções internacionais e no direito da União Europeia), mas não é menos verdade que a classe política e as corporações relevantes se aprestam logo a incorporar esses programas – que mostram normalmente uma flexibilidade razoável quanto aos modos da respectiva execução⁹⁹ – no sentido mais extremado que eles propiciam, ou usando-os até como pretexto para adoptar soluções que os transcendem largamente (a chamada “sobre-implantação”).

O discurso da criminalização inspirada em “causas” é perigoso, porque mistura sincreticamente – como é normal no discurso político – o trigo e o joio, os bens dignos de

⁹⁸ Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, cit., p. 116 e ss., e *passim*.

⁹⁹ Como dissemos, o artigo 40.º da Convenção de Istambul não impõe sequer a *criminalização* das condutas aí descritas.

protecção penal e os (repetimos: legítimos) postulados e programas ideológicos, as condutas efectivamente ofensivas e os comportamentos desviantes. Aliás, só a defesa da “causa” a qualquer custo permite explicar que alguma doutrina e algumas decisões jurisprudenciais venham omitindo as referências devidas às construções que propugnam perspectivas diferentes ou mesmo adversas, por aí criando argumentações paralelas e empobrecendo o debate.

3. Vimos que o motivo próximo da alteração introduzida no crime de *Importunação sexual* foi o cumprimento das obrigações decorrentes do artigo 40.º da Convenção de Istambul. Se essas obrigações implicam ou não o estabelecimento formal, em geral, de uma justiça de género, é uma questão aberta à discussão. Na realidade, há muito que o direito português acolhe incriminações facticamente baseadas no género, pois essas condutas, quando praticadas contra adultos, afectam predominantemente indivíduos do sexo feminino: a generalidade dos crimes sexuais (sobretudo após a mudança de sentido da respectiva punição em 1995, que faz radicar a protecção nos portadores dos bens jurídicos) e a *Violência doméstica*. A eles somaram-se, recentemente, a *Perseguição*, o *Casamento forçado* e a *Mutilação genital feminina*.

A construção que avançámos – onde se mobilizam os crimes de *Importunação sexual* (na interpretação que lhe demos), *Coacção sexual*, *Violação*, *Abuso sexual* e *Perseguição* (bem como as tentativas de tais crimes), *Ameaças* e *Injúrias* – cumpre satisfatoriamente, segundo cremos, os deveres de protecção impostos pelo artigo 40.º da Convenção de Istambul, no respeito pelos princípios constitucionais da necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade da lei penal, bem como pelo princípio da legalidade.

Em particular, importa sublinhar duas coisas. Por um lado, os dichotes e os chamados “piropos”, urbanos ou grosseiros, verbais ou gestuais, não são “propostas”, embora possam integrar injúrias ou, mais raramente, se se verificarem os respectivos pressupostos, ameaças ou tentativas de coacção sexual. Esta conclusão decorre não só do princípio da legalidade, como também da consideração do bem jurídico protegido, pois aqueles dichotes e insultos não ofendem a liberdade e a autodeterminação sexual das pessoas. Por outro lado, a formulação de (verdadeiras) propostas de teor sexual é, em princípio, uma faculdade incluída na liberdade sexual positiva, sendo irrelevante se o respectivo destinatário se sente importunado com elas. Só não será assim se se enquadrarem numa situação de constrangimento do destinatário que o agente

pode não ter causado mas de que se aproveita – e nisto reside o cerne do ilícito da nova incriminação.

4. Por isso, se se pretender continuar a desenvolver uma tutela penal baseada no género que especificamente proteja as mulheres e as adolescentes contra condutas que não atingem a sua liberdade (geral), nem a liberdade e autodeterminação sexual, nem a honra e consideração devida, mas que ofendem a igualdade de género, a tranquilidade das mulheres no espaço público, ou muito simplesmente o pudor e recato feminino – elevando a objecto de protecção, já não uma certa “classe sexual” de pessoas¹⁰⁰, mas a respectiva mundividência –, então há que pôr o problema nesses precisos termos, sem o disfarçar sob o espectro das agressões sexuais, nem invocar a protecção de uma miríade informe e evanescente de interesses, valores e bens jurídicos. Se se concluir que se encontram ali bens jurídicos dignos de tutela penal e carentes dessa protecção contra certas condutas (v. g., os comentários de rua não abrangidos pelas incriminações existentes, os olhares insinuantes, etc.), haverá que talhar normas adequadas a essa função.

Tudo isso faz parte do legítimo exercício do poder em democracia, mesmo que as soluções que assim vierem a alcançar-se – e que não cabe aqui antecipar – sejam materialmente erradas. O que não é legítimo é pretender acobertar programas de educação social sob normas penais que, manifestamente, o não permitem: não basta às leis ser *fermosas*, devem também ser seguras.

¹⁰⁰ A expressão é de TERESA PIZARRO BELEZA, “Anjos e monstros – a construção das relações de género no direito penal”, *ex aequo* 10 (2004), p. 33, que a utiliza, louvando-se em Rui Gonçalves, para exprimir a diferenciação, nas Ordenações, “entre as mulheres honestas e recatadas e as que vivem desonestamente”.